ا

جامعة المنوفية
كلية الحقوق

دور القضاء فى تفسير القانون

دراسة فى فلسفة القانون

تأليف
الدكتور / عباس مبروك الغزيرى
أستاذ مساعد بقسم فلسفة القانون
كلية الحقوق - جامعة المنوفية

٢٠٠٥ / ٢٠٠٦

دور القضاء فى تفسير القانون

تمهيـد :

إن دور القضاء يختلف باختلاف الزاوية التى تنظر منها إليه ، فمن ناحية أولى يمكن النظر إليه باعتباره وظيفة ذات سلطة وطنية ، ومن ناحية ثانية باعتباره نشاط خاص بتفسير وتطبيق القانون الوضعى ، ومن ثم تحقيق القانون داخل العلاقات الاجتماعية ، ومن ناحية ثالثة باعتباره أحكاما قضائية تضع النهاية لنزاع ما ، وعمل على إستقرار السلام الاجتماعى فى المجتمع .[1]

فالقضاء يرشدنا الى أن القانون ينشأ نظاما خاصا للسلوك الاجتماعى ، ويتضمن فى ذات الوقت عقوبات توقع على من يخالفه ، إجراءات شكليه يجب اتباعها ، كما أنه يوضح لنا أن النظام القانونى يكون ملزما سواء لافراد المجتمع أو الدوله ، وذلك بمعزل عن قبوله المتنازع فيه . فهو يدلنا على أهمية القانون بالنسبه لوحده المجتمع ، وأنه يتميز عما سواه من قواعد أخلاقيه أم عرفيه ، اذ أنها على الرغم من حيويتها ونشاطها فى المجتمع لاتتميز بالالزام والاجبار الذى يتميز به القانون [2]. كما أنه يوضح لنا أن تطبيق القانون ليس مجرد عمليه استنتاج ذهنيه بسيطه للتجاوز من معيار عام الى معيار فردى ، بل أنه يبرز التركيبه المباحه والصريحه للنظام

(١) P. VALENTIN" jurispridance et philosophie du droit " rev . de droit prospectif 1993 - I - 4 . p . 1265 .

(٢) P. VALENTIN op . cit . p . 1265 .

القانونى ، ويؤكد بطريقه واضحه أن خلق وتطبيق القاعده القانونيه متلازمين ، وأن الحكم القانونى يشمل من حيس المبدأ ، الخلق والتطبيق معا ·

فحينما تعرض منازعه ما على القاضى ، يجب عليه أن يرجع الى معيار قانونى محدد سلفا من قبل المشرع ،وهذا مايقتضى منه القيام بعمليتين على قدر كبير من الاهميه :

الاولى : هى البحث عن القانون الذى يقبل التطبيق على المنازعه المعروضه عليه ·

الثانيه : التحقق من انطباق هذا القانون على ظروف الواقعه المعروضه عليه ·[1] وهذا القول يتفق مع تحليل " Motulski "[2]عن المراحل المتعلقه بالتحقيق المنهجى للقانون ، حيث يرى أن القاضى يجب عليه أن يبدأ بالبحث عن القاعده القابله للتطبيق على ادعاءات الاطراف وظروف الواقعه ، ثم يتحقق مما اذا كانت هذه القاعده هى القابله لتطبيق فعلا ، وهذا ما يلقى عليه بواجب الاجتهاد فى تحليل مضمون هذه القاعده بحيث يبحث عن المعنى الذى وضعه لها المشرع ·

واذا لم يتوصل القاضى الى هذه القاعده ، فانه يجب عليه أن يواصل البحث عنها ، وذلك بالاستعانه بالمصادر الاحتياطيه للقانون ، وهذا ما

---

(١) D.DOMINIQUE " La jurisprudence source de droit " thése - Grenoble - 1980 . p . 31.

(٢) H.MOTULSKI : " prinicipes d, une réalisation méthodique du droit privé " paris 1948 . p . 63 - Ildit que .
" A . l,analyse de la presuppostion de la régle succéde celle du cas particulier apres avoir determiné les éléments necessaires pour l,applicabilité de la régle , il faut se rendre conpte si le facteure correspondante à ces donnes se retrouvent les circonstanes de la cause"

يوضح لدور القاضى فى تفسير القانون ، والذى يعد الخطوه الاولى للتحقيق المنهجى للقانون ، ولذلك سأعرض لدوره فى تفسير القانون من خلال الفصلين الاتيين :

الفصل الاول : دور القاضى فى تفسير القانون

الفصل الثانى : الوسائل التى يستخدمها القاضى فى التفسير

الباب الأول :

دور القاضى فى تفسير القانون

مقدمه

أن وظيفة القاضى الاساسيه هى الحكم بالعدل بين شخصين متنازعين طبقا للقانون . ومع ذلك فقد أدرك الفكر القانونى من قديم الزمان ، أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملا ، بل لابد أن يشوبه النقص حتما كنتيجه طبيعيه للنقص الكامن فى الطبيعه البشريه ، فكل عمل انسانى مشوب بالقصور غالبا ، وما التشريع الا عملا من أعمال الانسان . وقد عبر أرسطو عن ذلك فى كتابه الاخلاق بقبوله "و السبب فى ذلك أن كل قانون عام وانه بالنسبه للحالات الخاصه لايكون التعبير محددا بدرجه كافيه ، والقانون لايواجه الا الحالات العاديه دون أن يفكر مع ذلك مايشوبه من نقص ، ولايعتبر هذا عيبا فى القانون ، ولايوجد فى ذلك أى تقصير أو خطأ من جانب المشرع وانما هو أمر طبيعى ، فعندما يصدر القانون فى عبارات عامه ثم يحدث مستقبلا شيئا لايتفق مع هذه النصوص العامه ، فانه يكون من الطبيعى تكمله النقص الذى يتركه المشرع ، واصلاح الترك الناشىء عن كون القانون يعبر بصفه عامه ، والمشرع نفسه لو كان حاضرا لوافقه على تكملة النقص ، ولو كان قد تنبه اليه لادخل التحديد اللازم فى نص القانون [1] .

وهنا يظهر دور القاضى فى تفسير القانون ، ومحاولة توفيقه مع الواقع الاجتماعى . فالقاضى يفسر اللغة الواقعية لقانون أو لآخر ، انطلاقا

---

(1) د/ سمير عبدالسيد تناغو - النظرية العامه للقانون - دائرة المعارف الأسكندرية سنة ١٩٨٦ - ص ٧٨٤ ومابعدها .

من المقدمات النظريه المختلفه . انطلاقا من بناء متماسك ومترابطه للفقه القانونى ، وفى ظل جو ملائم سياسيا وأخلاقيا .[1]

والقاضى بالتفسير للقانون لايقوم بعمل يتصل بالفن التشريعى، إذأنه لايلتزم بأيجاد خلق قانونى أفضل ، ولكنه يلتزم بايجاد حكم صحيح ومتوافق مع حاله فرديه ، وذلك بالتفسير للقانون داخل اطاره الاجتماعى والاخلاقى ، ووفقا لوجهات النظر الاجتماعيه والاخلاقيه السائده فى المجتمع أما التفسير مثلما يستند على نص قانونى ، فانه يستند أيضا على الواقع الاجتماعى الذى يحيا القانون بداخله . ولذلك فتفسير القانون بواسطه القاضى يصبح واجبا ضروريا تمليه أسباب عديده ، وهذا مادفعنى الى عرضه من خلال مباحث ثلاث :-

المبحث الاول : لم التفسير

المبحث الثانى : ماهية التفسير وقواعده

المبحث الثالث : كيفية التفسير (عرض تاريخى)

---

(١) P, VALENTIN - op. cit . P. 1269 .

الفصل الأول:

لـــم التفســـــير

- أن القاضى يستطيع المساهمه من خلال التفسير ، فى منهجه النظام القانونى وتماسكه ، بالاضافه الى امكانيه توافق القاعده القانونيه مع الواقع الاجتماعى ، أو يبدو ا دوره فى الحاله الاولى توفيقى ، وفى الثانيه دورا ابداعيا . وهذا مايتطلب بدوره الوقوف على ماهية وظائف التفسير ، والأسباب الذى تدعو اليه ، وهو مانعرض له من خلال المطلبين الآتيين : -

المبحث الأول:

وظائـــف التفسيــــر

- أن للتفســير وظيفتــين ، احداهمــا منهجيه (La fanction systematisation) . ، والاخرى توفيقيه (La fanction d'adaptation)

والوظيفه المنهجيه تسمح بتشيد القانون ، باعتباره كل متماسا ومتكامل ، وتعمل على ترابط عناصره ، وتوافقها ، والقضاء على الفجوات التى توجد به ، وبالتالى تشييد الاعتقاد المتعلق بعقلانية القـانون ، والتى يعتمد عليها القانون الحديث .

والقاضى يساهم بنفسه فى تشييد هذه المنهجيه اذ أنه فى مواجهة المعانى المتعدده والممكنه لنص قانونى معين يتجه إلى تفضيل المعنى الذى يتأكد من توافقه مع العناصر الانشائيه الأخرى للنظام القانونى [1].

فالقانون لايمكن أن يؤدى الوظيفة المفروضة عليه داخل المجتمع إلا

---

(1) J." CHEVALLIER" :Les interprétes du droit ; en la Doctrine juridique" - centre d' Histoir du droit et de recherche intro - normatives de picardie - presses universtaire de france - 1993 , p . 276 .

ببلوغه درجة ما من العمومية والتجديد بحيث يظهر ككل متماسك ومنطقى يحيز لكل فرد أن يتنبأ بنتائج تصرفاته بطريقة مسبقة ، ويستطيع الوقوف على القاعدة التى ستطبق عليه .

والوظيفة التوفيقية للتفسير تؤدى الى توافق النظام القانونى القائم مع الواقع الاجتماعى ، إذ أنه يظهر باعتباره الوسيط الضرورى لتأقلم المعيار الجديد وانتاج كل آثاره .

فا التفسير يسمح بتجاوز التجريد المتعلق بالقاعدة القانونية ، والنزول الى واقع الحالات المادية باعتباره الوسيلة اللازمة لوضع القاعدة القانونية موضع التنفيذ ، وضمان فاليتها . فهو يساعد القاضى في منهجة القانون وتماسكه وذلك من خلال وظيفته المنهجية ، ويساعده على توفيق القانون مع الواقع من خلال وظيفتة التوفيقية .

المبحث الثانى:

أسبـــاب التفســـــير

- أن الوظيفة الأولى للقاضى هى تطبيق القانون ، وبصفة خاصة إذا كان مضمون النص واضح لايحتاج إلى تفسير كما هو الحال بالنسبه للغالبيه العظمى من نصوص القانون الجنائى ، حيث ينحصر دور القاضى الجنائى فى التأكد من أن المتهــم هو الفاعل الحقيقى لتصرفات تم تجريمها بواسطه القانون ، ثم يقوم بتطبيق العقوبه المشار اليها بالنص على المتهم ، مع سلطه تقدير مابين الحد لأقصى والأدنى المنصوص عليه من قبل المشرع[1].

ويؤكد Batiffol[2] أن أغلبيه النصوص الشرعيه تكفى بنفسها لحل عدد كبير من المنازعات ، فانطباع القاضى الجنائى مثلا ، بكونه يتأكد من حقيقة الواقع المرتكب ، واسناده الى المتهم ، ثم اقرار حد العقوبه الواجبه ليس انطباعا تقليديا ، ويوجد نفس الانطباع لدى القاضى المدنى والذى يتأكد على سبيل المثال من أن عقدا ما لم ينفذ من قبل أحد أطرافه وذلك لوجود شرط فاسخ أدى الى إحداث هذا الأثر .

فالتفسير يتوقف حتما ، حينما يكون النص واضحا من ناحية مضمونه وتعد معاينه ، وبصفه خاصه بالنسبه للقضاد ، اذ لاتوجد فى هذه الحاله مشاكل قانونيه ، بل ينطبق القانون بلا قيد ولا شرط على واقعا ما مقرراً الحقيقه .

ولكن تظهر المشاكل القانونيه حينما لاتكفى النصوص فى حد ذاتها

---

(1) H.BATIFFOL " questions de l'interprétations juridique " A.P.D. 1972 - p . 9 .

(2) H.BATIFFOL, op . cit . p . 10 .

أو من ناحيه مضمونها لحل هذه المشاكل ، أو اذا كانت تتضمن لمعانى كثيره يصعب التفرقه بينها من قبل المحاكم ، بالاضافه إلى تطور الوقائع المأديه سواء كانت اجتماعيه أو سياسيه أو إقتصاديه .. الخ . ومن ثم يصبح التفسير ضروريه حتميه وواجبا لا مفر منه بالنسبه للمحاكم وذلك لوجود الاسباب التى تدعو اليه فى مثل هذه الأحوال :

١- فقد يندفع القاضى الى تفسير النص وذلك لتوسيعه ومد نطاقه الى واقعه جديده لم يتناولها المشرع بالتنظيم . ومن أمثلة ذلك كلمة عقد التأمين " contrat d, assurance " التى تصدى لها قانون التجارة البحرى الفرنسى منذ سنة ١٨٠٤واحتوائها نصوص القانون التجارى . فهذه الكلمة لم يعرفها التقنين المدنى الفرنسى ، ولذلك حينما تطورت وانتشرت التأمينات البريه ، كان من الصعب نقل نصوص القانون التجارى ومد نطاقها الى التأمينات البريه ، بالاضافه الى أن النصوص العامه للقانون المدنى والمتعلقه بالعقود كانت غير كافيه لحل المشاكل المتعلقه بالتأمين ، وهنا يأتى دور القضاء حيث يحاول عن طريق التفسير مد نطاق هذه النصوص كى تشمل الظروف الجديده [1] .

٢ - وقد لاتتضمن القاعده القانونيه فى حد ذاتها الشروط العامه التى تحدد معانيها ، وفى هذه الحاله يجب على القضاء أن يفسرها فى اطار المضمون العام للنظام القانونى ، للوقوف على المعنى المحدد للنص ، فعلى سبيل المثال اذا كان هناك تنظيم موحد يمنع دخول المركبات الى حديقه عامه فهل هذا التنظيم يجبر البوليس على منع دخول عربه "ambu-lance" للبحث عن متنزه ضحيه من "infarctus" ؟

---

(١) H.BATIFFOL. op . cit . p . 11.

حسب المفهوم الصريح للنص ، يجب على البوليس ان يمنع دخول هذه العربه ، حيث أن القاعده لا تتضمن أى شرط صريح ينص على هذا الاستثناء وهنا توافقا مع الظروف الاجتماعيه لابد ان يفسر القضاء النص داخل اطار المضمون العام للتنظيم ، لكى يتسنى له الوقوف على المعنى الواقعى الذى يتفق مع الغاية الاجتماعية للتنظيم ، حيث أن القاعدة التى لاتتضمن فى حد ذاتها أى قيد يفترض انها تتضمن شرطا محددا مثل " ماعدا الظروف الاستثنائية أو القوة القاهرة " [١].

٣ - وقد تظهر المشاكل القانونيه ، نتيجه لتواتر التطبيق المباشر لنظام ما بمعاينه العامه على حالات فرديه معروضه على القضاء ، وفى هذه الحاله يبدوا التفسير عمليه رئيسيه بالنسبه لحياة القانون ، والا انتهى دوره من الناحيه الواقعيه ، فمن خلال التفسير يحاول القاضى توضيح القواعد العامه سواء كانت قانونيه او قضائيه او عرفيه ، وتطبيقها بالتالى على الحالات الفرديه . فالتقنين المدنى الفرنسى نفسه كان قد أدرك اهميه التفسير من قبل صدور هذا التقنين ، على الرغم من الاعتقاد بكمال التقنين وخلوه من العيوب وقت صدوره ، اذ ان نص الماده الرابعه من التقنين الفرنسى ترغم القاضى على التفسير ، حيث أنها تعتبر القاضى الذى يرفض الحكم بدعوى سكوت النص او غموضه او عدم اكتفاءه مرتكبا لجريمه انكار العداله .

وعدم اكتفاء القانون كما يقول" Batiffol " [٢] يدل على مشكلة عموميه القانون فى علاقته مع الحالات الواقعيه . اذ انه يرى أن هذه الحاله

---

(١) W . J." GANSHOF " Propos sur le texte de la loi et les prini-cipes généraux du droit " 1970 , p . 135 .

(٢) H . BATIFFOL op . it p . 12 .

تقترب الى حد ما من السكوت ، وبصفه خاصه اذا كانت هذه العموميه مفرطه بالنسبه للحاله الواقعيه ، وقد تتعلق عدم كفايه القانون بعمليه تصنيف الوقائع بالمقارنه مع حالات تتضمنها نصوص آخرى لوجود تماثل او تشابه فيما بينهما . ومن امثلة ذلك الطائرة الشراعية - فالى أى نظام يمكن اخضاعها ؟ هل تخضع للنظام المتعلق بالبواخر ، أم تخضع الى النظام المتعلق بالطائره ؟

فالقاضى هنا هو الذى يقوم بضبط عملية التماثل ، وبالتالى تحديد النظام الذى تخضع له الطائرة الشراعيه ، اذ إن التوصيف هنا لايمكن اجراءه بدون تفسير للظروف الذى ينطبق فيها كلا النظامين ، ومدى وجود التماثل بين هذه الظروف ، وبين الظروف المتعلقه بالطائره الشراعيه ، بالاضافه الى معرفة متى واين يمكننا ان نستعير أحد النظامين وتطبقه فى المجال المتعلق بالنظام الاخر .

وأيضا انشاء الشركة ذات المسئولية المحدودة " La societé à responsabilite limtée " سنة ١٩٢٥ أثارت تساؤلا قانونيا يتعلق بمعرفة ما اذا كانت المشاكل الذى لم يتضمن القانون حلا لها بالنسبه لهذه الشركه تخضع للقواعد المتعلقه بالشركات البسيطه " Les societés de personnes " ام تخضع للقواعد العامه المتعلقه بالشركات الرأسماليه " les societés de cabitaux " ، اذ ان الشركه ذات المسئوليه المحدوده استعارت عناصر من كلا النوعين على الرغم من استمرار وضوح التفرقه بينهما .

- فحينما يتناقض النص مع الغايه او الهدف الاجتماعى المتعلق به ، او يؤدى تطبيقه الى نتائج غير مقبوله فان النص يصبح غير واضح ويحتاج

الى تفسير . فعلى سبيل المثال لو ان هناك نصا واضحا يمنع الصعود الى الاتوبيس برفقه كلب . فهل هذا يسمح للمسافر بان يصطحب معه ذئب مثلا ؟

فهنا لكى يكون النص متفقا مع الغايه الاجتماعيه منه ، وهو الاذى الذى يمكن ان تحدثه هذه الحيوانات بالمسافرين فإن النص يجب أن يمتد ليشمل كل الحالات الآخري التى يمكن أن تؤدى الى نفس الآثر والا عدا هذا النص مخالفا للغايه منه (١)

٤ - وقد يحتاج تفسير النص الي الوقوف علي معانى القواعد المجاوره له من اجل تجنب التطبيق المزدوج ، وتجنب وجود الثغرات ، ونضرب مثلا على ذلك بالماده ١١٦١ (٢) . مدنى فرنسى والتى تقضى " بأن كل الاتفاقات أو العقود يجب أن تفسر بعلاقتها مع بعضها البعض ، وذلك باعطائ كل منها المعنى الذى يمكن استنتاجه من التصرف بأكمله " . فاذا كان هناك وعدا بالبيع ، تم ابرامه على انفراد فان ارتباطه بالعقود التى تتبعه ممكن أن يخلق غموضا ، وفى هذه الحاله يجب على القضاه أن يستنتجوا القصد الحقيقى للطرفين من خلال العبارات أو المصطلحات التى تم استخدامها للتعبير عن التصرف (٣) .

٥ - وقد يكون النص قديما ، والحالات متطوره ، ومن ثم فان احترام الاراده الفعليه لواضعى النص قد تؤدى الى نتائج متناقصه وغير مقبوله ،

---

(١) CH . PERELMAN . cit . p . 31 .

(٢) ART - 1161 code civil français - 1992 - 1993 Dalloz -" toutes les conventions s'interprétent les unes par les autres , en donnant a chacune le sens qui resulte de l'acte entier "

(٣) cass civil . 13 oct 1965 J c p 1965 T s. 14426

وذلك لان احترامها فى هذه الحاله يكون على قدر كبير من الصعوبه لانها تصبح فى حد ذاتها عائقا أمام القضاء لوجود نقص فى معانيها . وفى هذه الحاله يجتهد القضاه فى وجود أسباب جديده يضطر المشرع على اثرها الى التدخل ووضع قواعد جديده تتلائم مع هذه الحالات المتطوره . فالقاضى يفحص من الناحيه الموضوعيه الفكر الذى يعبر عنه النص ، وعلاقة هذا النص مع الحالات المعتبره ، لكى يقرر ما اذا كان يوجد التوافق المطلوب أم لا بدون أن يرتبط بالضروره بالظروف التى قد وضع بصددها النص كما يتضح من الاعمال التحضيريه المتعلقه به [١] .

٥ - وقد تتولد الصعوبه نتيجه لوجود تناقض بين النصوص ، ومن امثله ذلك عقود العمل غير محدده المده ، فهذه العقود تتناقض مع مضمون الماده ١٧٨٠ [٢] من القانون المدنى الفرنسى ، والتى تقضى بأنه " لا يمكن الحصول على الخدمات الا فى خلال مده محدده ، او بالنسبه لمشروع محدد " . فنص الماده هذه يمنع العقود غير المحدده ، وذلك على اعتبار أنها تحى الرق والعبوديه من جديد ، وذلك من وجه نظر المشرع .ولكن امام الظروف الجديده المتعلقه بسير الغالبيه العظمى من المشاريع ، كان لابد من تفسير هذه الماده بحيث تتوافق مع هذه الظروف ، وكان هذا هو دور القضاء حيث وفق بين

---

(١) H . BATIFFOL . on . cit . p . 17.

" le juge est en droit d,examiner objectivement la pensée exprimée par le texte dans ses rapports avec la situation considrée pour dire si l, adequation rechechée existe ou non sans etre necssairment lié pac la circonstance qu , une reponse se trouverait déjà dans les travaux preparatoires - qui sont extérieurs au texte "

(٢) ART. 1780 . code civil française - 1992 - 1993 - Dalloz - p . 1266 " on ne peut engager ses services qu, a temps , ou pour une entreprise déterminée " .

الوقائع الجديده وبين وجود القاعده مقررا ان العقود غير المحدده المده تقع صحيحه ، ولكنها تكون قابله للبطلان بالاراده المنفرده لأى طرف من أطراف العلاقه ، معتبرا أن الماده ٢٠ ، ٢٤ من قانون العمل الفرنسى تحل ضمنيا محل هذه القاعده [١] . فميزة الفسخ هذه تتوافق مع القصد المحتمل لآطراف ، وفى نفس الوقت تتوافق مع ارادة واضعى النص باعتبارهم كانوا يرغبون حظر الرق والعبوديه .

٧ - وقد تنتج الصعوبه نتيجه لتضمن النص اكثر من معني ، إحداهما يرتب أثرا ، والآخر لايرتب أى أثر . فآى المعنين يطبق ؟

نضرب على ذلك المثل المتعلق بالماده ١١٥٧ مدنى فرنسى حيث تقضى بأنه " حينما يتضمن شرطا ما معنين ، فانه يجب من باب أولى ان نفهم هذا الشرط بالمعنى الذى يرتب أثرا ، بدلا من ادراكه بالمعنى الذى لا ينتج أي أثرا " [٢] ففى مواجهة شرط يمنع الحق لشريك فى شركه محاصه الحصول على نفقه تمثيل ، يستطيع القضاآ بالرجوع الى هذه الماده اعتبارا هذه النفقات خساره متحققه بالنسبه للشركه ، وبالتالى توزع على جميع الشركاء - ولكن بالتفسير العكسى لها ، فان الشرط المتنازع منه يعدباطلا ، وذلك لانه يؤدى الى نتيجه غير مرغوبه ، وهى تحمل أحد الاعضاء لهذه الخساره بمفرده . فالتفسير الاول يرتب أثرا لليتفق مع نظام شركه المحاصه ، ومن ثم يجب العمل بمقتضاه .

---

(١) H ".BATIFFOL." op cite . p . 18 .

(٢) ART 1157 codes civile " lorsqu , une clause est susceptible de deux sens , on doit plutot l, entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n' en pourrait produire aucun " p . 778 - D - 1992 - 1993 .

٨ - وقد تنتج الصعوبه نتيجه لوجود معنيين متناقضيين لنص ما ، أو لنصيين صدرا فى تاريخ واحد ، بدون أن يوضح المشرع المجال الخاص لكل منهما ، مثل المادتين ٩٠٠ (١) ، ١١٧٢ (٢) من القانون المدنى الفرنسى ، واللذان يتعلقان بتحديد مدى مشروعية الشروط المستحيلة ، والمخالفة للقانون أو الاخلاق ، مثل الشروط المقيده لحرية الزواج . فعلى الرغم من أنهما ينظمان موضرعا واحدا ؟ الا ان مجال كال منهما يختلف عن الاخر ، حيث أن الماده الاولى تتعلق بالتصرفات المجانية "Les actes à titre gratuit " والثانية تتعلق بالتصرفات بعوض " Les actes à titre onreux " ، ولذلك يجب على القضاه أن تفسير كلا النصين بغية التحقق من مدى وجود ترابط بينهما من عدمه .

٩ - وقد تنتج الصعوبه نتيجه لابهام النص وغموضه مما يصعب على الرجل العادى معرفه المجال المتعلق به . ومن امثلة ذلك الماده الثالثة (٣) من القانون المدنى الفرنسى ، حيث تقضى فى جزئها الأخير " بأن القوانين المتعلقة بالحالة المدنية أو الاهلية تنطبق على الفرنسين ، حتى ولو كانو يقيمون فى دول أجنبيه .

ولكن ما الوضع اذا كانت هناك مشاكل متعلقة بالحالة المدنية بالنسبة

---

(١) ART . 900 code civil français - Dallez 1992 - 1993 . p . 624 .
" Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire , les conditions impossibles , alles que seront contraires aux lois ou aux moeurs , seront reputées non écrites "

(٢) ART . 1172 code civil français.
" Toute condition d'une chose impossible ou contraire contraire aux bonnes moeurs , ou prohipee par la loi , est mulle , et rend nulle le convention qui en depent ".

(٣) ART. 3 . code civil français - 1992 - 1993 - Dalloz . P . 7 " Les lois concernant l'état et la capacité des personnes regissent les français , meme residant en pays étrangers" .

لشخصين يحملان جنسيتين مختلفتين ، او بشخص ولد على اقليم فرنسى ، هل يظل عديم الجنسية ام تعطى له الجنسية طبقا لمحل الميلاد ؟

١٠- وقد تنتج الصعوبة من عدم القدرة على ايجاد مبرر كافى للحل الذى يتفق مع العدالة ، والذى يضطر معه القضاه الى اقرار ما يتفق مع العدالة حتى ولو أدي ذلك الى تفسير النص على العكس تماما مما يوصى به النص ، ومن أمثله ذلك المادة ٩٧ من الدستور البلجيكى حيث تقضى " بأن آى حكم يجب ان يكون مسببا ، وأن يعلن عنه فى جلسة علنيه "

" tout jugement est motivé . il est prononcé en audience publique" .

فهذه الماده تتناقص مع الاحكام الذى تصدر من ديوان المحاسبة " La cour du compts" ، حيث أنه لا يعلن عن احكامه فى جلسات علنية منذ مطلع القرن التاسع عشر ، وانه استمر فى هذا رغم عمومية النص ، ورغم دستور بلجيكا التاسع عشر ، وانه استمر في هذا رغم عمومية النص ، ورغم دستور بلجيكا الصادر فى سنة ١٨٣١ ، ولم تحسم محكمة النقض هذه المشكلة الا فى سنه ١٨٧٩ فى حكمها الصادر بتاريخ ٢ يناير سنة ١٨٨٠ معتبره ان النص الدستورى يتعلق بالأحكام التى تصدرها المحاكم القضائية ، وبالتالى يخرج من نطاق هذه الماده احكام ديوان المحاسبه حيث أنها أحكام غير قضائيه . وقد أكدت هذا الحكم مره أخرى ، فى حكمها الصادر فى ٩ اكتوبر سنه ١٩٥٩ بدون ان تجد تبريرا قانونيا مقبولا للتفرقه بين أحكام ديوان المحاسبه واحكام المحاكم العاديه الا قواعد العداله [1] .

---

(١) CH PERELMAN op . cit. p 35

- وكذلك الحال فيما يتعلق بالأضرار غير العاده بالجار " Les incon-
vénients extraordinaires de voisinage" . حيث ان الفعل
الذى يرتكبه المالك لا يمثل تعديا على القانون الشرعى ، ولكنه يسبب
اضرارا عاديه بالجار - فما هو العمل اذا رأى الجار ان منفذ التهويه الخاص
به أصبح عاجزا عن خدمته التى كان يتمتع بها من قبل ، وذلك على اثر
البناء المسموح به لعماره أكثر ارتفاعا لعمارة الجار ؟ وهل يجب على مالك
العماره الجديده ان يصلح الخساره التى سببها للجار ؟ وبناءاً على أى سبب ؟

وهل الحل العادى يتطلب تعويضا ملائما ؟ وكيف يمكن تبرير هذا
الحل ؟

وهنا تثور عدالة الملائمة ، حيث ان القانون فى حد ذاته عادلا ولكن
تطبيقه هو الذى يؤدى الى نتائج ظالمه . وقد عبر افلاطون [1] . عن هذه
المسألة فى كتابه السياسى حيث يقول " أن منبع الصعوبة يرجع الى رغبة
المشرع فى سن قواعد تحكيم كافة الحالات ، فيصبح التشريع مثل الرجل
الدعى الجاهل ، الذى يظن فى نفسه القدرة على توقع كل الاشياء ، ويحظر
على خدمة حتى مجرد مناقشتة ، ويأمرهم بتنفيذ تعليماتة . فى حين يجب
وضع التشريع " بالنسبه لاكثر الناس ولأغلب الأحوال " مع ترك الحالات
الشاذه لتقدير القاضى .

ويرى أرسطو فى كتابه الاخلاق وجوب تكملة قواعد القانون الصارمة

(١) انظر د/ ثروت أنيس الأسيوطى " عدالة السماء " مجلة القانون والإقتصاد - جامعة القاهرة - العدد الأول ص ٢٧ ، ٢٨ حيث أشار الى رأى أفلاطون ، وأرسطو بالنسبة لمشكلة " عدالة الملائمة "

بما يسميه بمبادىء الملائمه فتتخير المحكمة فى القضايا الصعبه الحل الملائم لتخفيف حدة القاعدة العامة اذا ما أدى تطبيقها فى حاله من الحالات الى نتائج مجحفة .

وهذا ما فعله القضاء البلجيكى عندما عرضت عليه المشكلة فى سنة ١٨٥ . (١) . فقد طبق فى أول الامر الماده ١٣٨٢ مدنى حيث تقضى بأنه " اذا صدر فعل من انسان تسبب للغير فى خساره فانه يلتزم باصلاح هذه الخساره (٢) واعتبر بمثابه خطاء الفعل الذى يسبب للغير خساره بدون التمسك بكل النتائج التى يمكن ان يكون مشارا اليها بالقانون . مثل الالتزام بهدم العمارة التى تسبب بناءها فى حدوث الخسارة وفى ٩ ابريل سنه ١٩٦٠ ، وبعد تردد دام ٩٠ سنه وجدت محكمة النقض تبريرا كافيا ومقبولا للحل الغادى والذى يحقق التوازن ، وذلك طبقا للأتى « حيث أن **الماده ٥٤٤ من القانون المدنى اعترفت لكل مالك بالحق فى الانتفاع العادى لملكه ، فان الملاك المجاورين يتمتعون ايضا بالانتفاع بملكيتهم . واستنتجت من ذلك العلاقات الثابته بين ملكيتهم ، واضعه فى الاعتبار الأعباء المألوفه الناتجه عن الجيره ، والتوازن الذى يجب ان يكون قائما بين الحقوق الخاصه بالملاك ، وحيث ان مالك العماره قد حطم ذلك التوازن بخطاء غير جسيم منه ، فارضا على المالك المجاور اضرارا متجاوزه لمعيار الاضرار العاديه للجيره ، فانه يجب عليه ان يعيد هذا التوازن طبقا للعرف**

---

(١) CH . PERELMAN, op . cit p . 36 .

(٢) ART . 1382 code civil belg , " tout fait quelconque de l , homme qui cause a autrai un dommge , oblige celui par la faute duquel il est arrivée , à le reparer "

، والمبداء العام الثابت بالماده ١١ من الدستور البلجيكى ، الذى تتعلق بنزع الملكيه للمنفعه العامه ، باستخدام تعويض عادل » .

– نخلص من كل ماسبق الى ان تفسير النص القانونى بواسطة القاضى يصبح ضرورى ، اذ انه يهتم فى المقام الاول باكتشاف فى المعنى المتعلق بالقاعدة محل التفسير ، ويساعد فى المقام الثانى فى تشييد المفهوم الذى يرى القاضى توافقه مع الرغبات والمصالح الذى يريد القانـــون تحقيقها[١] . فالحاجة الى التفسير كما يقول " J . Domat " [٢] مزدوجـــة . اذ أنه من ناحيه يمكن أن يتضمن القانون نقصا ما فى التعبير أو غموضا و من ثم فانه يكون لازما لكشف المعنى الصحيح للنص ومن ناحيه آخـرى ، يمكـن أن يؤدى المعنى المتعلق بنص ما أحينا الى نتائج غير عادله ، وذلك اذا طبق المعنى بما يتضمنه من غموض ، وهنا فان التفسير سيصبح البحث عما يجب أن يقوله القانون وليس البحث عما يقوله القانون .

واذا كان التفسير ضرورة كما أوضحنا سابقا ، فان السؤال الذى يتبادر الى الذهن هنا يتعلق بماهيته وقواعده ؟

وهذا مانعرض له من خلال المبحث الثانى : –

---

(١) Y. POCLLAT" L' interprétation juridique " thése . paris , 1988 , p .1

(٢) J . DOMAT " les loix civiles dans leur ordre naturel " livre pre-liminaire - section II " de l , usage et de l, interpréetation des régles " .

المبحث الثالث:

ماهية التفسير وقواعده

- لكى نقف على مغزى التفسير ، فإن هذا يتطلب عرضا لمعناه فى اللغة ، وفى الفقه القانونى ، والتعرف على ما اذا كان التفسير يرد على كل مصادر القاعدة القانونية ، أم يقتصر على التشريع فقط ، وهذا مانعرض له فى المطلب الاول عارضين فى المطلب الثانى لقواعدة .

المطلب الأول

ماهية التفسير

ونعرض فى هذا المطلب لماهية التفسير سواء من الناحية اللغوية أو الفقهية وذلك فى فرع أول ، ثم نعرض للقواعد التي يرد عليها التفسير في الفرع الثانى .

الفرع الأول

المقصود بالتفسير

- يعنـــى التفسير من الناحية اللغوية الابانه والتوضيح وكشف المغطى [1] ، وتفيد بعض المراجع الأخري أن معناه التأويل وهو كشف المراد من النص .

اما معناه من الناحية القانونية ، فقد اختلف بشأنها الفقه الى عدة اتجاهات نعرض لها على التوالى : -

(١) انظر فى معنى التفسير لغويا المعاجم الآتيه - القاموس المحيط للأستاذ / الطاهر أحمد الزاوى - مطبعة عيسى البابى الحلبى - الطبعة الثانية ١٩٧٠ جـ ٢ ص ١١٠ - المصباح المنير جـ ٢ ص ٦٤٧ - مختار الصحاح - محمد بن ابى بكر بن عبد القادر - المطبعة الأميرية ص ٥٠٣ .

الاتجاه الأول [1] :

وانصاره يقصرون التفسير على التشريع مع بيان بعض وظائفه ، إذ يعرفوه بأنه " هو توضيح ما أبهم من الفاظه ، وتكميل ما اقتضيت من نصوصه ، وتخريج ما نقص من أحكامه ، والتوفيق بين أجزائه المتناقضه "

وهنا نلاحظ قصر التفسير على التشريع بدون توضيح لماهيته أو نوعه أو طرقه .

الاتجاه الثاني [2] :

ويذهب أنصار هذا الاتجاه في تعريفهم لتفسير القانون بأنه بيان مضمون قواعده بيانا واضحا ، وقريبا من هذا التعريف " المقصود من التفسير هو معرفة المعنى الذي تتضمنة القاعدة القانونية .

ونلاحظ على هذا التعريف ما لوحظ على الاتجاه السابق من عدم عرضه لماهية التفسير ، وموضوعه وطرقه .

الاتجاه الثالث [3] : -

ويذهب أنصار هذا الاتجاه في تعريفهم الى بيان ماهية التفسير وظيفتة بأنه العملية التي تهدف الى البحث والتوضيح للمعنى الذي ترمي إليه القاعدة .

---

(1) د / السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - طبعة منقحة سنة ١٩٨١ - دار النهضة العربية ص ٨٠٢.

(2) د/ جميل الشرقاوي - مبادئ القانون سنة ١٩٧٢ - دار النهضة العربية - ص ١٩٣ - د/ عبدالودود يحيى - دروس في مدخل العلوم القانونية سنة ١٩٨٢ - دار النهضة العربية ص ١٩٥ - د/ على نجيده - المدخل لدراسة القانون سنة ١٩٨٥ - دار الفكر العربي ص ٢٠٦ .

(3) H.CAPITANT " introduction à l' étude du droit civil" 1921 . no . 61 . p 102.

وفى نفس المعنى أيضاً أن التفسير هو تلك العملية الذهنية التى يقصد بها تحديد معنى القاعده القانونيه ومداها [1] . وهذا الاتجاه يتميز بكونه يوضح أن التفسير عملية عقلية ، لكن لايتضمن هذا التعريف موضوع التفسير أو طرقه .

الإتجاه الرابع [2] :

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن التفسير هو البحث والتحرى بهدف ايجاد المعنى الصحيح للقاعدة لتطبيقها بعد ذلك على الحالة الواقعية .

ويقترب من هذا التعريف القول بأن التفسير هو الإستدلال على الحكم القانونى وعلى الحاله النموذجية التى وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التى عبر بها المشرع عن ذلك [3] .

ويلاحظ على هذا التعريف أيضا عدم تضمنة لماهية التفسير أو موضوعه أو وسائله .

ومن هذه التعريفات مجملة يتضح لنا أن التفسير عنصر جوهرى فى تطبيق القانون ، ولايمكن الاستغناء عنه سواء كان فى التعريف مايدل على ذلك صراحة أو ضمنا .

فالتفسير كما يرى د/عبد الحى حجازى له معنيان ، معنى واسع ويتضمن معانى الألفاظ وإصلاح العيوب فى النصوص وازالة التعارض

---

(١) د/ عبدالحى حجازى ، المدخل لدراسة العلوم القانونية - الكويت - طبعة أول سنة ، سنة ١٩٧٢ - جـ ١ - فقرة ٣٩٥ - ص ٥١٠ .

(٢) د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - مكتبة دار بيروت - طبعة سنة ١٩٧٥ ص٣٩١ .

(٣) د/ سلميان مرقص - المدخل للعلوم القانونية - ص ٢٣٦ - القاهرة - سنة ١٩٥٧ .

بينهما وبين النصوص ان وجدت مواجهة للفروض أو الوقائع التى لم تواجهها القواعد القانونية ، أى سد النقص فى التشريع . ويكون على القاضى الاجتهاد للوصول الى الحكم وهو مايسمى بسد الثغرات أو التكميل [١] .

ومعنى ضيق وهو ازالة الغموض وتوضيح معانى النصوص .

وهذا المعنى يعد قريبا جدا ، من فكر "J . Worbleuski" [٢] عن التفسير وماهيته ، اذ أنه فى تعريفه للتفسير قد فرق بين ثلاثة معانى للتفسير :

الأول :

التفسير بالمفهوم الواسع للغايه ، وهو يكون مرادفاء "L'entendement" فى العلوم الانسانية والاجتماعية وفقا لمنهج العلوم الثقافية "La métodologl des scienes de la culture" وهدف هذه العلوم دائما ثقافيا ، ومن أجل الوصول الى معنى هذا الهدف يجب ادراك الجوهر الموضوعى لهذا الهدف وذلك عن طريق التفسير .

فالتفسير هو وسيلة ادراك هذا الهدف ، اذ ان كل هدف ثقافى بداية من العصر الحجرى القديم حتى عصر الأله قد أدرك معناه بالتفسير [٣] .

---

(١) د/ عبدالحى حجازى – المرجع السابق ص ٥١١ .

(٢) J.WROBLEUSKI " L'interprétation en droit ; théori et ideologie " A.P.D. 1975 . T . 26 . p . 52 et s .

(٣) J . WROBLEUSKI . op . cit . p . 54 .

الثانى :

التفسير بالمفهوم الواسع ويعنى " Comprehension " لتعبير أيا كانت صياغته فى اللغة . وهنا . وهنا يستطرد قائلا :

أنه لكى ندرك أى معنى لغوى يجب أن نفسره . فالاختلاف بين الأدراك المباشر لنص وبين تشييد أو اعادة تشييد معناه بالتقنيات اللغوية أو القانونية لا يكون على قدر من الاهمية ، فبدون التفسير يكون المعنى اللغوى كا الرمز فى المنطق الصورى لايكتسب معنى الا بالتفسير .

الثالث :

وهناك التفسير بالمعنى الضيق ، والذى يستخدم فى حالة وجود شكوى حول المعنى المتعلق بتعبير ما فى حالة واقعية . إذ أنه يرتبط هنا بتحديد معنى هذا التعبير بمساعدة الإتجاهات التفسيرية الخاصة باللغة التى تتضمن هذا التعبير . ويرى هذا الفقيه أن الاختيار لأى معنى من هذه المعانى يحدد بأسباب عملية ونظرية . إذ أن كل معنى من هذه المعانى يكون له فائدته فى المجال الذى يصلح له . فالمعنى الأول يصلح للمنهجيه المسماه "anti naturaliste des humanités" والمعنى الثانى يستخدم بواسطة المنطق ونظريه الرموز والمعنى الثالث يتناسب مع الواقع العملى للتفسير القانونى ومع نظزيه وايدلوجية هذا النشاط ، اذ يقصد به النشاط . الذى يؤديه العضو المكلف من قبل الدوله بتطبيق القانون ويسمى هذا النوع من التفسير . " L'interprétation operative " - وسوف نعرض لكيفية التفسير وفقا لهذا الفقيه بالتفصيل فيما بعد .

- يتضح من الاتجاهات السابق عرضها أن التفسير لايكون الا فى حالة النص الغامض وعليه اذا كان النص واضحا فلا ضروره للتفسير . غير

ان الفقه الحديث [1] يرى ان ماذهب اليه الفقه التقليدى فيه مصادره على المطلوب اذ انه فى حاله الخلاف على بيان نص ما ، يكون موضوع الخلاف هو معرفة ما اذا كان هذا النص واضحا ام غامضا . ولاشك ان عملية التفسير وحدها هى الكفيلة ببيان ذلك مما يعنى أن التفسير عمل سابق على الحكم بأن النص واضحا أم غامضا . ومن ناحية أخرى أن تقدير وضوح النص أو غموضة هى عملية تقييم شخص تختلف باختلاف ذكاء الفرد وفطنته ، اذ قد يكون النص واضحا امام مفسر وغامضا بالنسبه للآخر . فوضوح أو غموض القاعدة هو أمر نسبى يختلف بأختلاف الأشخاص حول تفسير مضمون القاعدة القانونية . وهذا مايساعد على الوصول الى معنى هذه القاعدة .

وأذا كان التفسير يعنى الوقوف على معنى القاعدة القانونية ، فأن السؤال الذى يتبادر الى الذهن يتعلق بماذا كان التفسير ينصب على كل مصادر القاعدة القانونية أم ينصب على التشريع فقط ؟ وهذا مانعرض له فى الفرع الثانى .

---

(١) د / رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائى - منشأة المعارف بالأسكندرية - الطبعة الثالثة - سنة ١٩٧١ - ص ٢٣٨ حيث يقول « لما كان القانون هو إرادةالدولة وكانت هذه الإرادة معبرا عنها فى الفاظ يتكون منها التشريع . فإنه يجوز أن تكون هذه الألفاظ غامضة أو معيبة بالنظر الى مبادئها أو الى علاقتها بغيرها بما ورد فى نصوصأخرى فيكون معناها أكثر أو أقل عن حقيقية ما أراده المشرع . من هنا نشأن ضررة التفسير ليس بشأن القوانين المبهمة فحسب ، وإنما فى شأن القانون الواضح كذلك ، لان حتى صدور هذا القانون يجب عدم الوقوف عند المعنى الفورى للألفاظ ويلزم البحث عن معناها العميق وعن حقيقة مداها » .

الفرع الثانى

القواعد التى يرد عليها التفسير

لقد اختلفت الآراء حول موضوع التفسير ، وما اذا كان يرد على كل مصادر القاعدة القانونية أم يقتصر على التشريع فقط ، ويمكن لنا رد هذا الإختلاف الى إتجاهين :

الإتجاه الأول : (١)

ويرى أنصاره أن التفسير لاينصب الا على التشريع ، إذ أنه يقتضى أن تكون القاعدة القانونية مصاغة فى عبارات والفاظ كى يؤدى وظيفتة وهى تحديد مدلول القاعدة ، وعلى ذلك لايرد التفسير الا على المصدر الذى يأتى بالمعنى واللفظ معا وهذا لايكون إلا فى التشريع .

وحجة أنصار هذا الرأى ان المصادر الاخرى هى معان مستقرة فى الاذهان غير مقيدة بألفاظ خاصة ، أما اذا كانت الحاجة تقوم لتحديد مضمون قاعدة قانونية مصدرها غير التشريع فإننا لا نكون بصدد التفسير بل بصدد التأكد من وجود هذه القاعدة والبحث عن معناها فى نفس الوقت . وقد أدي هذا الاتجاه الى ان كثيرا من الفقهاء يقصرون تعريفهم للتفسير على التشريع فيقولون تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من الفاظه (٢).

---

(١) د/ البدراوى - المدخل للعلوم القانونية طبعة ١٩٦٩ - دار النهضة لعربية - ص ٣٩٢ - د/ توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية - بيروت سنة ١٩٧٥ ص ٣٩١ ، د/ جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٩٧ ، د/ نعمان جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية - سنة ١٩٧٧ ص ٢٦١ ، د / على نجيده - المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون - دار الفكر العربى - طبعة سنة ١٩٨٥ ص ٢٠٧ .

(٢) د/ السهنورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - طبعة منقحة - دار النهضة العربية - سنة ١٩٨٢- ص ٢٢٥ .

الاتجاه الثانى [1]

ويرى أنصاره ان التفسير يردعلى جميع المصادر الرسمية للقانون مهما كان مصدرها لان التفسير هو الوقوف على معنى ماتتضمنه القاعدة القانونية من حكم ، والبحث عن الحكم الواجب تطبيقه على الحالة المعروضة اذا لم يواجهها النص التشريعي ، ومن ثم فيكون مجال التفسير أوسع مما يتصوره أنصار الاتجاه الاول حيث ينصرف التفسير الى جميع مصادر القاعدة القانونية والبحث عن الحل ولو إقتضى ذلك تكميلا . للتشريع من جانب القاضى الذى يحكم اذا وجد نقصا فى القواعد .

ونحن نؤيد هذا الرأى اذ أن التفسير يقصد به توضيح معنى القاعدة القانونية أيا كان مصدرها سواء كان تشريعا أو غيره من المصادر ، اذ أن التفسير كثيرا مايرد على العرف مثل مايقدمه أصحاب الشأن من شهادات مكتوبه من الغرفة التجارية فى المسائل التجارية على ان العرف قد استقر فى مسألة معينة على وجهة معينة ، ومدام هذا العرف مكتوبا فى الفاظ وعبارات فلا شك أنه يخضع للتفسير أيضا . وكذلك الآمر فيما يتعلق بالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، اذ لكى نستخلص قاعدة قانونية لابد من الرجوع الى مصادرها الأصلية ، وهى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية وهما مصدران صيغت قواعدهما في الفاظ محددة ، وذلك يلزم الرجوع الى كتب الفقه . وكذلك الامر فيما يتعلق بقواعد القانون الطبيعى . والعدالة ، اذ لايرجع اليهما القاضى الا بعد أن يصعب الوصول لحل قانونى للنزاع المعروض عليه من خلال النصوص القائمة ، فيضطر الى الرجوع لهذين المصدرين ليستقى منهما الحل ، وهذا يحتاج أيضا الى عملية التفسير ، فالتفسير ضرورة واجبة ولا مفر منها بالنسبة للقاضى .

(١) د/ حسن كيره – المدخل الى القانون – طبعة سنة ١٩٧٤ ص ٣٩٧ .

واذا كان التفسير ضرورة تمليها اسباب عديدة ، فان القاضى فى قيامه بعملية التفسير لايعمل وفق هواه ، وانما وفقا لقواعد تحكمه سواء كانت قانونيه او منطقيه ، وهذا مانعرض له فى المطلب الثانى .

المطلب الثانى

قواعـــد التفسيــــر

- أن تفسير القاعدة القانونية يخضع للعديد من القواعد بعضها يستمد من التشريع ، والبعض الآخر من الفقه بالاضافة الى أنه يخضع لبعض القواعد المنطقية والوسائل الفنية التى تمكنه من الوصول الى المعنى الصحيح للقاعدة ، وهذا مانعرض له من خلال الفروع الآتية :-

الفرع الأول

قواعد التفسير الموضوعيه

- أن التفسير يخضع لقواعد قانونية وفقهيه تحدد النطاق القانونى الذى يجب أن يتم التفسير فى حدوده ، ومن هذه القواعد تلك التى تضمنتها الماده الرابعة من التقنين المدنى الفرنسى [١] ، والتى تمنع القضاه من الاعلان عن أحكامهم بطريقة النصوص العامة أو القاعدية . وأيضا القاعدة التى تضمنتها المادة الاولى من التقنين المدنى المصرى والمقابلة للماده الخامسة من التقنين المدنى الفرنسى [٢] والتى تلزم القضاه بالفصل فى أى منازعة تعرض عليهم وعدم انكار العدالة بدعوى غموض النص أو عدم كفايتة ، ومنها أيضا تلك القاعدة التى تلزمهم بتسبب أحكامهم كما وردت فى الماده ٩٧ من الدستور الفرنسى .

---

(١) ART . 4 - code civil français. Dalloz . 1992 - 1993 . p. 21.

(٢) ART . 5 - code civil français. . Dalloz . 1992 - 1993 . p 21 .

- وقد شبه " F.ost " (١) هذه القواعد بتلك المحدده لشروط القبول فى احدى السباقات الرياضية مثل الالعاب الأولمبيه على سبيل المثال اذ يقول :

"Ces régles fovrnissent un premier cadre institutionnele contraignent à l'interieur duquel s'inscrit le jeu specifique de l'interprétation, comme on peu imaginer des régles générales definissant les conditions d,a dmission à un type de competition sportive, telque les jeux olympiques par exemple "

ويرى أن هذه القواعد تسمح بوجود نشاط تفسيرى حقيقى بمارسة القضاء ، طالما أنه لم يخرج عن نطاق هذه القواعد ، اذ أنها كما يقول "J . R . searle (٢) تخلق أشكالا جديده للتصرف ، وهذا ما يؤدي الى القول بأن التفسير الذى لا يراعى هذه القواعد لايدخل فى نطاق التفسير القضائى .

- فمن خلال هذه القواعد يستطيع القاضى أن يلعب دورا خلاقا فى سد فجوات القانون وازالة غموضه بحيث يتكيف القانون مع الواقع المعروض عليه ، بالاضافه الى اختيار المفهوم المتعلق بتعبير ما من التعبيرات القانونية اذا كان هذا التعبير يتضمن فى حد ذاته لمعانى متعددة ، اذ أنه يجب أن يبحث دائما عن الحل الملائم للواقعه موضوع النزاع المعروض عليه .

F.OST ET M. VAN DE KERCHOVE " Le Jeu de(١) l,interprétation " A . P . D . T . 27 - 1982 . p . 405 .
G . KALINOWSKI " L,interpretion du droit : Ses régles juridiques et logigues . A. P . D . T . 30 , 1958 . p . 72 .
J . R .SAERLE " Les actes de langage : E ssai de philosophie (٢) du langage" trad . de H . panchard , Paris 1972 . p . 72 .

- وبالاضافه الى خضوع التفسير لبعض القواعد القانونية ، فأنه يخضع لبعض القواعد الفقهيه التى تستمد من الفقه وأحكام القضاء . من هذه القواعد تلك التى وضعها "F. Geny " [١] والتى بمقتضاها يرى أن تفسير القانون يعنى البحث عن الاراده التشريعية وذلك باستخدام الصياغه التى تعبر عن القانون .

فمثل هذه القاعدة كما يرى " F . ost " [٢] تتضمن نتيجه مزدوجة يجدها ثابتة فى العديد من أحكام القضاء :-

الأولى : أن تفسير القانون بصفة عامة أكثر من التطبيق البسيط له ، وبصفة خاصة فأن تفسير القانون الواضح لايجب أن يكون الا لتطبيقه .

الثانيه : أن تفسير القانون بصفة عامة أقلا من ايجاد حلا متعلقا بثغرة أو تكملة قانون ناقص وغير متلائم مع الحالة المعروضة على القضاء وبصفه خاصة فان الحل الذى يهدف إلى سد ثغرة من ثغرات القانون لا يجد له مكانا فى بعض المجالات مثل القانون الجنائى والضريبى .

ويستنتج F. ost من ذلك ، إنه حتى ولو أن هذا التعريف الضيق للتفسير يكون قابلا للنقد ويوصم بالحيلة ، فانه ليس أقل توضيحاً لفكرة " le jue " بحيث يكون التفسير لعبة تختلف عن الإستنتاج البسيط لمعنى سبق وجوده ، وعن الخلق الحر لمعنى جديد، وبهذه الطريقة يصل إلى فكرة ضرورة تجاوز التناقض بين الحرية - الإجبار " la librte - le con- trainte " فهو يرى أن هذه النتيجة المزدوجة تجيز للقاضى التحرك فى

(١)حيث يقول F . GENY . op . cit . p . 265 - 9

"l' enterprétre la loi revient simplement à chercher le contenue de la volonté législative à l'aide de la formule que l,exprime " .

(٢) F . OST. op . cit . p . 405.

منطقة وسط بين الحرية والإلزام ، وهذا يعنى أن وظيفة القاضى التفسيرية لا تتعلق فقط بالبحث عن معنى سبق وجوده ، والا لما التفسير حيث يصبح جهد القاضى سدى . بل يستطيع القاضى باستخدام التفسير ايجاد معنى جديد يتناسب مع ظروف الحالة الواقعية المنظورة أمامه بحيث لايصل فى خلفه الى اهدار النص التشريعى تماما ، والا لأصبح القاضى بدون ضابط يحكمه فى تفسير القانون وخلقه .

- ومن هذه القواعد أيضا ما يتعلق بأيد لوجبه التفسير مثل تلك التى وضعها " J . wrobleusk " (١) من خلال نظريته للتفسير والتى سوف نعرض لها بالتفصيل فى موضوع آخر .

اذ يرى آن هذه القواعد تكمن فى مجموع الاتجاهات المتعلقه بالنظام الميتودلوجى Les ensemble des directives d,ordre metho-doiogique

حيث أن اتجاهات الدرجة الثانية (الاجرائية " precedure - التفضليه " preference) . تنظم استخدام وتدرج اتجاهات الدرجه الاولى (الاتجاهات اللغوية Les directives linguistiques

وهذه القواعد أقل الزاما من السابقة ، اذ انها تعتبر وسائل تقنيه اكثر منها قواعد آمره حقيقية ، وهى تمد القاضي بالمفاتيح الكافية التى تمكنه من الوصول الى النتيجة الملائمة ، اذ ان " F.ost " (٢) قد شبهها بتلك القواعد التى تسمح للاعب بالرجوع الى مباريات مختلفه بما فيه الكفايه ، لكى

(١) J.WROBLENSKI. op . cit . p . 60 . ets.
(٢) F .OST . op . cit . p . 406 .

يتبنى استراتيجية على ضوء الاوضاع المختلفه والممكنه للخصم ، وبالتالى يستطيع الوصول الى النصر حيث يقول :

"ces régles autorisent le joueur a recovrir a des " coups " suffisamment variés pour adapter sa stratégie aux differentes positions possibles de l, adversaire et parvenir à la victoire "

ونستنتج من ذلك ان هذه القواعد تسمح للقاضى بالرجوع الى الإتجاهات المختلفة للتفسير ، وان يختار من بينها الاتجاه الذى يستطيع باستعماله الوصول الى المعنى المراد ، والذى يتحقق من خلاله العدالة .

ثم اضاف " G.kalinouski " (١) ، درجه اخرى الى الدرجتين السابقتين ، وهى تتمثل فى ان الانظمه القانونيه تميز هذه القاعده او تلك من قواعد الدرجة الثانية ، وتعتبرها القاعدة العليا للتفسير القانونى ، وضرب المثل الذى يوضح ذلك بالمبدأ الذى وضع مباشرة بعد الحرب البولونيه والذى يقتضى التفسير فى نطاق المصلحة الاجتماعية .

ويرى هذا الفقيه ان التفسير القانونى يخضع فى المقام الاخير للغايه من التصرف الانسانى باعتباره يتجه بطبيعيه الى غايه نهائيه يضعها الانسان لنفسه اما عن طريق اختيار واعى لهذه الغاية ، أو اختيار بدون علم ومعرفه . وهذه الغايه تحدد بدورها المبدأ السامى لتفسير القانونى ، والذى على أساسه يتم الفصل بين التناقضات التى تحدثها المبادىء المختلفة للتفسير ، اذ انه يفصل بطريقة مباشرة المناقشات حينما تتعارض مبادىء

---

(١) G . KALINOUSKI " philosophie et logique de I , interpréta-tion en droit " A . p .D . 1972 . T. 17 . p . 46 .

الدرجة الثانية وبطريقة غير مباشرة حينما تتعارض مبادىء الدرجة الاولى[١]

وقد ضرب مثلا يوضح ذلك ، يتعلق باختيار رئيس u - E . R فى بولونيه ، اذ ان نص القانون البولونى واضح فى هذه المسأله حيث نص على إختيار الرئيس من بين الاساتذه فقط " Les professeurs " ولكن النص لم يوضح من يكون أستاذا ؟

ويرى Kalinouski أن الأستاذ هو Le professeur بالمعنى الخاص لهذا المصطلح ، ولكن الظروف ، والأسباب المتعلقة بالاختصاص والفعالية، بالاضافة الى عوامل آخرى ، ولدت تساؤلا يتعلق بمعرفة ما اذا كان الاستاذ المشارك يعتبر أستاذا طبقا لهذا النص أم لا ؟

وهنا تضاربت آراء الفقه البولونى [٢] ، حيث رآى البعض ان النص واضح ويجب تفسيره تفسيرا ضيقا بحيث يقتصر على الاساتذه فقط دون الأستاذ المشارك .

ورآى البعض الآخر على العكس من ذلك ضرورة تفسير النص تفسيرا واسعا ، بحيث يشمل النص الأستاذ والأستاذ المشارك .

فكيف يمكن الفصل اذا بين هذه الآراء المتضاربة ؟

بالرجوع الى مبدأ من مبادىء التفسير المتعلقه بالدرجة الثانية

---

(١) حيث يقول G . KALINOUSKI: op . cit p . 43 .
" la fin ultime arbitre dirctement les debats ou s' opposent des prencipes du second degré mais indirectement aussi ceux où s'affrontent des principes du premier degré "

(٢) انظر هذا الاختلاف فى مقال G . Kalinouski - السابق الإشارة اليه ص ٤٣ - ٤٤.

(اجـرائيه - تفضـيليه) ، يجـب ان نهتدى بالحكمة التشريعى "La ratio legis"،

وبالمصلحة الاجتماعية القصوى ، وبمقتضيات العدالة . والآه بسيطا نسبيا حينما يحدد النظام القانونى المبدأ السامى الذى يخض التفسير القانونى ، والذى تخضع له بصفة مباشرة مبادئ الدرجة الثانيه وبصفه غير مباشرة مبادىء الدرجة الاولى ، وهذا هو مافعله المشرع البولونى بعد الحرب البولونية الآخيرة حيث وضع فى اعتباره ان أى تشريع بولونى تاليا لتشيد نظام اشتراكى لايمكن ان يلغى كل ماسبقه او يعدلة تعديلا كافيا بحيث يتكيف مع الحالة الاجتماعية الجديدة . ولذلك فان النصوص لتشريعية يجب ان تفسر فى المقام الاخير بالتوافق مع المصلحة لاجتماعية، بهذه الطريقة فان المشكلة تصبح سهلة على مستوى القانون الوضعى ، وان كانت تظل فى بعض الحالات الاستثنائية صعبة على مستوى العدالة الاحساس الانسانى (١) .

- نخلص من ذلك ان القاضى يجب ان يأخذ فى اعتباره المصلحة لاجتماعية بأعتبارها مبدأ سامى يجب ان تخضع له المبادىء الآخرى تفسير سواء كانت لغويه او اجرائيه او تفضيليه ، بالاضافه الى مراعاة مقتضيات العدالة وذلك عند تفسيره للنص القانونى . ولكن السؤال الذى تبادر الى الذهن يتعلق بمشكله تضارب مقتضيات العدالة مع المصلحة لاجتماعية ؟ الى أيهما يجب ان يجنح القاضى ؟

---

(١) حيث يقول G . KALINOUSKI. op . it p . 45.

"' En recourant à l'un des prinicipes d , interprétation du deuxieme degré : Il faut s'en tenir à " la ratio legis " , il faut rechercher l'intéret social maximal , il faut interpréter conformement aux exigences de la justice ... atc " .

من وجهة نظرى يجب على القاضى ان يغلب فكرة العدالة على المصلحة الاجتماعية ، حيث أن فكرة العدالة تعتبر فكرة ميتافيزيقيه تسمو على كل اعتبار اجتماعى ، بل يجب أن تخضع المصلحة الاجتماعية لفكرة العدالة فى نهاية المطاف ، باعتبار أنها تأخذ معانى متعدده وفقا للنظام السائد ، اذ أن مفهومها يختلف فى النظام الاشتراكى عنه فى الماركس والرأسمالى ، بينما تظل فكرة العدالة واحدة فى كل هذه الأنظمة كفكرة ميتافيزيقيه ثابتة تتحرك فى نطاقها كل المفاهيم .

وبجانب هذه القواعد القانونيه السابقه ، يخضع التفسير أيضا لبعض القواعد المنطقية التى تتزامن فى تطبيقها مع القواعد السابقة ، وهذا مانعرض له فى الفرع الثانى .

الفرع الثانى

القواعد المنطقية للتفسير

- يخضع التفسير أيضا لبعض القواعد المنطقيه التى تتزامن فى تطبيقها مع القواعد السابقه ، اذ أنه يتطلب فى حد ذاته اجراء بعض العمليات العقلية والتى يتعلق بعضها بأعداد المفاهيم والبعض الآخر يتعلق بصدور الأحكام .

والعمليات العقليه تنقسم الى حدسيه وغير حدسيه وتتعلق الأولى بالإدراك الحدسى مثل صدور حكم يتضح معناه مباشرة بمجرد النظر اليه ، والثانية تخضع للقواعد الشكلية والموضوعية للمنطق بالمفهوم الواسع لهذه الكلمة .

فالقاضى لايطبق فقط القواعد القانونية المتعلقة بالتفسير ، ولكنه يطبق قواعده المنطقيه ، اذ أن العمليات العقليه تؤثر على التفسير ،

ويطبقها القاضى أحيانا بدون أن يعى أنه يطبق قواعد منطقية ، اذ أنه يطبقها فطريا لأنها تنظم هذه العمليات العقليه .

ويضرب " kalinowski " امثله توضح ارتباط القواعد المنطقية بالقواعد القانونية حين القيام بعملية التفسير .من هذه الامثلة ذلك التفسير المتعلق بالماده الثامنة (١) . من القانون المدنى الفرنسى ، اذ ان تفسيرها بمفهوم المخالفة يعني ان الاجانب يتمتعون بالحقوق المدنية مثلهم فى ذلك مثل الفرنسيين ، والقول بغير ذلك يعنى ان النص اصبح بدون فائده حيث ان المشرع لو أراد قصر هذه الحقوق على الفرنسيين فأنه كان يجب عليه أن يورد كلمه " selement " أمام " tout Français ".

وايضا تفسير الماده ٢٢٥٦ مدنى فرنسى والتى تم الغاءها بموجب القانون رقم ٦٥ - ٥٧٠ الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٦٥ وذلك بمفهوم المماثله" amaioré" . فهذه الماده كانت تقضى بأن الذى يقتنى بحسن نيه وسند صحيح عقارا يمكنه ان يكتسب ملكيه هذا العقار بمرور عشره او عشرون سنه وفقا للمكان الذي يقطن فيه العقار .

وبمفهوم المماثله اعتبرت محكمه النقض الفرنسيه (٢) ان هذا الذى يقتنى بحسن نيه وسند صحيح حق الانتفاع بالعقار يمكنه ان يكتسب هذا الحق الجزئى بمرور عشره أو عشرون سنه وفقا للمكان الذى يقطن فيه العقار ، مقرره ان هذا الذى يضع معيارا يجيز إقتناء حق واسع يكون له

---

(١) - ART : 8 code civil français . Dalloz . 1992 - 1993 .P . 25
"tout français jouira des droits civils "

(٢) أنظر فى هذا الموضوع د. حمدى عبدالرحمن - منطق التسبيب القانونى - باريس - ص ٣٤٨ ومابعدها . (La Logique des raisonnements juridique)

الحق فى اقرار معيارا يجيز اكتساب حقا أقل منه يتضمنه الحق الواسع ، مفترضا لهذا ان المعيار المفسر يتضمن بطريقة ضمنية تعبيرا ضروريا لازما للتدليل على ان المعيار يسمح بأكتساب الحق الأقل الذى يتضمنه الحق الأوسع . واستنتجت من ذلك ان هناك نقص بالنص يلزم تكملته وذلك بتفسير النص بمفهوم المماثله واضعة للقاعدة التى تقول " ان من يملك الاكثر يملك الاقل ".

- من خلال العرض السابق يتضح ان القضاء يخضع لبعض القواعد القانونية والمنطقية أثناء قيامه بتفسير القاعدة القانونية وان هذه القواعد تمكنه من الوصول للمعنى الحقيقى للقاعدة القانونية ، وفى نفس الوقت تقيده فى التفسير بحيث لايخرج به عن هدفه ، ويستخدمه استخداما يؤدى الى تفشى الظلم على حساب العدالة .

وبجانب هذه القواعد يستعين القاضى أيضا بالإستدلال المركب والذى يتكون من مقدمتين ، مقدمة كبرى ومقدمة صغرى ، ويسمى إستدلال مركب لأن احدى المقدمتين تتركب من عدة قضايا تربط بينها روابط منطقية .

وقد يبدو الإستدلال المركب فى صورة قضيه شرطية أو فى صورة قضايا متصلة ، بمعنى أن يكون طرفا الوصل فيها قضيتين شرطيتين أو أكثر ، أو فى صوره منفصلة الوصل بالمقدمة الآخرى التى قد تكون فى صوره قضية شرطية أو منفصلة، واعمال هذا الاستدلال المركب بين المقدمتين يؤدى الى النتيجه ، والقاضى وهو يلجأ الى هذا النوع من الاستدلال فانه ينشىء ويحلل القياسات المتعدده ويبرز المقدمات من معطيات النزاع ويصل

بمقدمات الوقائع لمقدمات القانون للوصول الى حل المنازعه [1].

ويمكن للقاضى أن يستخدم طريقه الاستدلال بالمخالفه أوالتقابل بالتضاد [2]، وفيها يكون بين القضيتين التقاء فى الكيف ، ويكون اثبات صدق أحد الضدين مساويا لانكار الضدد الآخر ، فالمتقابلات بالتضاد لاتصدقان معا وقد تكذبان معا كالبراءة والادانة لايجتمعان فى شخص واحد عن ذات الواقعة .

وهذه الطريقة لاتؤدى الى خلق قواعد جديدة ، ولكنها تؤدى الى اختفاء القاعدة المفسرة فى مجال التطبيق بواسطة البرهنة بالمخالفة ، ومن ثم يكتفى القاضى بالقاعدة الجديدة المؤسسة حول سبب قانونى مخالف للواقعة المثارة من حيث الأساس ويوجدها بالمخالفة للقاعدة الموجودة .

وبجانب هذه القواعد المنطقية ، يخضع التفسير أيضا لوسائل فنيه يمكن أن يستخدمها القاضى للوصول الى تحقيق العدالة فى المنازعة المعروضة عليه ، وهذا مانعرض له فى الفرع الثالث .

---

(١) د. عبدالرحمن متولى سعودى - سلطة القاضى التقديرية فى تعديل مضمون العقد - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - بدون تاريخ - ص ٤٢٣ ومابعدها .

(٢) دكتور زكى نجيب محمود - المنطق الوضعى - مكتبة الأنجلو المصرية بالقاهرة - سنة ١٩٥١ - ص ٢١٤ .

الفرع الثالث

الوسائل الفنيه للتفسير

يخضع التفسير أيضا لبعض الوسائل الفنية التى تمكن القاضى من وصول الى المراد من النص ، ومن ثم تحقيق العدالة فى المنازعة المعروضة عليه ، وهذه الوسائل هى :

أولا : الحيله :

وهى محض افتراض ارادى قد يكون لها علاقة بالواقع أو قد لا يكون لها أدنى علاقة ، ومن ثم فهى تنطوى على قدر كبير من التحكم الافتراضى، وتؤدى هذه الوسيلة من وسائل التكنيك القانونى عادة الى حل معقول وملائم حيث تمنح الاراده أقصى قدره ممكنه للتأثير على العناصر الموضوعية المقدره [1].

فالحيلة تعنى افتراض أمرا أو وضعا مخالفا للحقيقة للوصول الى تغيير فى حكم القانون دون تغيير فى نصه ، فهى نوع من التحايل أو المجاز أو الافتراض الذى يتجاوز الواقع ، ومن شأنه أن يخفى عنصرا من عناصرها ويضيف اليها عنصرا غير موجود فيها توصلا الى ترتيب أثر قانونى معين عليها فالغرض هنا القيام بعمليه عقليه بمقتضاها يفترض أن حكم القاعده القانونيه (أ) ينسحب على الحاله أو الواقعه (ب) مع أنه فى واقع الأمر لايشملها ، أو يستند بمقتضاها الى واقعه كاذبه على أنها واقعه صحيحه حتى يطبق القانون على حاله لاينطبق عليها من قبل ، وليس لانسان خصما كان أو قاضيا أو فقيها رغم ذلك أن يتنصل من هذا الامر

---

(١) د / عبد الرحمن سعودى - المرجع السابق - ص ٤١٩

المزعوم أو حتى يناقشه رغم اشتهار كذبه [1] والغرض من ذلك كله هو الوصول الى سماع الدعوى أو رفضها أو استنباط حكم فى غير الحالات التى وضع القانون لها فى الأصل ، ونتيجه إحداث تعديل فى معنى القانون الجأت اليه الضرورة دون تغير فى مبناها أو بعبارة آخرى في البناء اللفظى لقواعدة . فالحيلة اذن ، وعن طريق وسيلة صناعية بحته ، تعتبر صحيحا ماليس بصحيح أو تفترض وقوع أمرا ليس قائما فى الواقع الملموس [2]

من ذلك على سبيل المثال افتراض حياه الحمل المستكن قبل تمام ولادته متى كانت له مصلحة فى هذا الافتراض ، لكى يكون له نصيب فى تركه مورثه اذا مات هذا الأخير أثناء الحمل . وأيضا استخدمت الحيلة بصدد الشخصية المعنوية وذلك على أساس أنها لاتمنح إلا للإنسان ، بما له من وحده اراده ، أما اضافتها على غير الانسان كهيئة من الهيئات أو جماعة من الجماعات يعد من قبيل الافتراض [3].

ثانيا : القرائن :

ومن هذه الوسائل أيضا القرائن ، والتى يلجأ اليها القاضى عندما تكون الرؤيا والنظريات والمستخلصات فى القضية وما يصاحبها من شروط غير متماسكة وليست مجتمعة أو موصولة للعمل على تماسكها واجتماعها

(١) د / سليمان هاشم - محاضرات فى وسائل تطور الشرائع - سنة ١٩٩٢ - دار الحقوق للنشر ص ٩ , وما بعدها .

(٢) دكتور منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية - مكتبة سيد عبدالله وهبه . القاهرة - الطبعة الثانية - سنة ١٩٧٠ - ص ٢٠٩ ؛ دكتور صوفى أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - دار النهضة العربية - سنة ١٩٦٥ - ص ٢٨٦ ؛ دكتور هاشم صادق وعكاشة عبدالعال - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - الأسكندرية - الدار الجامعية - سنة ١٩٨٧ - ص ٢٣٧ .

(٣) دكتور محمود عبدالرحيم الديب - الحيل فى القانون المدنى - دراسة مقارنة بالفقة الإسلامى - القاهرة - ١٩٩٢ - ص ٢٧٣

واتصالها . والقرينة قد تكون قضائية ، وقد تكون قانونية ، والقرينة القضائية هي التي يستنتجها القاضي باجتهاده وذكائه ، أما القرينة القانونية يقوم بخلقها المشـــرع .

ثالثا : النمط القانوني :

ومن هذه الوسائل أيضا النمط القانوني باعتباره معيار متوسط للسلوك الاجتماعي الصحيح أو هو المقياس ، أو اجتماع مجموعه من العناصر أو الشروط المقبوله كمعيار تقديرها لطائفة من الأشخاص مرتبطين برابطة تعاقدية في عملية محددة تجارية أو مدنية [1].

ويتميز النمط النموذجي "Standard " بأنه يترك للقاضي حرية واسعة للتقدير ، ويتميز أيضا بأنه يتضمن تقديرا معنويا متوسطا للسلوك الذي يجب أن يكون أخلاقيا وفقا للظروف الزمانية والمكانية والعقلية ، ويتجه نحو العقلانية والملائمة ، ويقصد بالعقلانية التوازن الحقيقي بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية في زمان ومكان معين ، وبين التصرف الذي يراد الحكم عليه . ويقصد بالملائمة ، ملائمة التصرف للظروف التي أبرم فيها .

---

(١) دكتور نبيل عمر – سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية – منشأة المعارف – الأسكندرية – سنة ١٩٨٤ – ص ١٩٤ .

الفصل الثانى :

كيفيــــة التفســـير

إن عملية التفسير تعد الخطوة الأولى لفهم وإدراك القانون ، و تطبيقة تطبيقاً سليما والوصول منه الى تحقيق العدالة .

وبالملاحظة للأنظمة القانونية على مر العصور سنلاحظ إختلافه حـــول مضمون عملية التفسير . ويمكن لنا رد هذا الإختلاف الى إتجاهينـــن : -

الأول : الإتجاه الشكلى فى تفسير القانون .

الثانى : الإتجاه الغائى فى تفسير القانون .

وسوف نتعرض لهذين الإتجاهين فى المطلبين الآتيين :

ب الأول

الإتجاه الشكلى فى تفسير القانون .

يقوم هذا الإتجاه على فرضية أساسية هى كمال التشريع وإحتوائه على كل القواعد التى تلبى كافة الإحتياجات الاجتماعية ومن ثم لايجوز للقاضى أن يبحث عن الحلول القانونية فى خارجه بحجة البحث عن العدالة هى التى يتضمنها القانون ولا يوجد مجال للعدالة فى خارج نصوصه ، ولا

أن يأخذ فى إعتباره أية اعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية ترد صراحة فى نصوصه [(١)] .

ومن أنصار هذا الإتجاه الشكلى فى تفسير القانون : مدرسة الشرح على المتون فى فرنسا ، والوصفية التحليلية فى إنجلترا ، والمدرسة القاعدية الشكلية (مدرسة كلسن) فى وسط أوربا وأمريكا ، ونتعرض لهم فيما يـلى : -

أولا : مدرسة الشرح على المتون فى فرنسا :

تعتبر مدرسة الشرح على المتون فى فرنسا أحد المذاهب الشكلية فى تفسير القانون ، ويتضح ذلك من طريق تفسيرها للقانون ، فهى تسلم بأن نصوص القانون المكتوب قد حوت كل شيئ وأوجبت الإلتزام بها وتقديسها وأوجبت على المفسر أن يبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع إذا كان النص غامضا أو مبهما ، والإلتزام بها حتى ولو كانت تتعارض مع اعتبارات العدالة والإنصاف والظروف الإقتصادية والإجتماعية والبحث عن إرادة المشرع المفترضة فى حالة عدم وجود نص .

ومن أنصار هذه المدرسة التى تبين أعتناقهم لهذا المنهج الشكلى فى تفسير القانون ديمولوب (٢) (Demolomb) إذ يقول « **إن على القاضى المدنى أن يطبق قانون نابليون فى خشوع دون أن يكمله**

(١) " ANTO MARLA " Les systémes d'interprétation des contrats" thése . Paris . 1968 . P. 69 .
د./ مأمون سلامه - حدود سلطة القاضى الجنائي فى تطبيق القانون ، دار الفكر العربى - سنة ١٩٨٧ ، ص ١٤ ومابعدها .

(٢) DEMOLOMBE " Cours du code Napolion " P. 136 .

بقواعد القانون الطبيعى مادامت لايقرها التشريع صراحة أو ضمناً ، فاذا لم يجد نصاً ، وجب أن يحذو حذو القاضي الجنائي ويقضى برفض الدعوى المدنية لإفتقارها الى الأساس القانونى »

وإيضا النقيه بلوندو (Blondeau) [1] حيث يقول « إن التشريع أصبح هو المصدر الوحيد للقانون ، وإنه ينبغى التخلص من المصادر الكاذبة التى كثيراً مايراد إحلالها محل إرادة المشرع وهى السوابق القضائية والعادات غير المنصوص عليها فى التشريع والإحساس بالعدالة ، وفكرة المنفعة العامة والمبادئ القانونية » .

ويتضح من ذلك أنه يعتبر أن القانون المكتوب ، بمعنى الإرادة التى يتم التعبير عنها بواسطة شخص أو هيئة سياسية تمارس مايسميه بنتام بسلطة الأمر بواسطة الجماعة يجب أن يكون هو المصدر الوحيد للأحكام القضائية .

وأيضاً الفقيه الفرنسى بلوندو اذ يقول « ينبغى على القاضى أن يرفض كل طلب لايستند الى نص صريح فى التشريع [2] .

ويتبنى مثل هذا الرأى تقريباً فاليت (Vallette) اذ يعتقد أن تشريعات كثيرة صدرت منذ سبعين سنه وإنه سيكون من المدهش أن تجد

---

(١) cite ' par : F . G ENY " Méthode d'intrperétation et sources en droit privé positif " Essai critique - (L . G . D . J .) 1919 . T.1 . pp. 24 - 25 .

(٢) cite par : F . GENY . op . cit . p . 25

حالة لايوجد لها نص يحكمها . ويقول هيك (Huc) بمثل هذا الرأى تقريباً اذ يعتقد أن الحالات التى ليس لها نص فى التشريع هى حالات نادرة للغاية وإنه يمكن دائما العثور على حل لها بطريقة القياس [١].

وقدانتهج F . GENY نفس هذا المنهج فى بداية دراسة عرض التفسير ، اذ كان يرى أن التفسير يستند الى القانون الوضعى "La loi" ولا يستند الى القانون الطبيعى (Le droit) ، وإن وظيفته الأولى هو الوصول الى ارادة المشرع ، باعتبار أنه قد وضع فرضية إكتمال التشريع التى تنبثق من فكرة أن المشرع هو المبشر بالقانون الوضعى .

وقد فرق جينى [٢] بين التفسير وفقا لصياغة النص ، والتفسير وفقا لروحه ، ويرى أن التفسير وفقا لكلمات النص يرتكز على استنتاج فكر المشرع من خلال صياغة النص التشريعى، وإن عمل القاضى يجب أن يعتمد بصفة أساسية على كلمات النص ومعناها المألوف لغوياً ، وفى حالة نقص التشريع يحاول الوصول الى معنى يتفق مع الهدف المبتغى من النص والتى على ضوءها تتشكل كلمات هذا النص مع الأخذ فى الإعتبار لعلاقته بالنصوص الأخرى التى تربطه بها علاقة ما .

ويرى أن التفسير وفقا لروح النص يتجه الى ايجاد المعنى الحقيقى والدقيق للنص ، فيما وراء كلماته والتى تتفق مع فكر المشرع وذلك باستخدام وسائل التفسير المختلفة مثل التفسير المنطقى والرجوع الى الأعمال التحضيرية وقواعد الإنصاف .

---

(١) cite par : F . GENY . op . cit . p . 28

(٢) cite par : F . GENY . op . cit . p . 31

ثانيا : الوضعية التحليلية فى إنجلترا :

عرف المذهب الشكلى في التفسير فى إنجلترا من خلال الفقه التقليدى الذى يهدف الى التأكد من قصد المشرع (١) . ومن أبرز أنصار هذا الإتجاه جون أوستن والذى يعتبر أن الدولة هى المصدر الوحيد للقانون وأن تفسير القانون يجب أن يهدف الى الكشف عن إرادة الحاكم أو السلطان الذى أصدره ، وإنه ليس للقاضى أن يتجاهل هذه الإرادة أو يحورها أو يضيف اليها خضوعاً لمبدأ العدالة أو تمشياً مع التطر مايطرأ على المجتمع من تغيير(٢) .

ومن أنصار هذا الإتجاه سالموند " Salmond " (٣) اذ يقول «**إن واجب القضاء هو اكتشاف النيه الحقيقية للمشرع وذلك إن جوهر القانون يكمن فى روحه وليس في حرفه ، مع ذلك يجب أن تكون المحاكم مقتنعة بقبول الفاظ النص كحجة مقنعة لبيان قصد المشسرع ويجب التسليم مطلقاً بأن المشرع يقول مايعنيه ويعنى مايقوله** » - كما قرر أنه يقصد بالتفسير الطرق التى يتبعها القضاء وللتأكد من المعنى الذى يريده المشرع من خلال الألفاظ ذات القوة

---

(١) د./ محمد سليم العوا - تفسير النصوص الجنائية ، دراسة مقارنة - شركة مكتبات عكاظ للنشر التوزيع - جده - الرياض ، الطبعة الأولي سنة ١٩٨١ ص ٧٤ .

(٢) د./ عبد الرزاق السنهورى ، والدكتور / أحمد حشمت أبو ستيت - أصول القانون - مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر سنة ١٩٣٨ ص ٣١ ومابعدها .

(٣) د./ محمد شريف أحمد - نظرية تفسير النصص المدنية - دراسة مقارنة بين الفقهين المدنى والإسلامى سنة ١٩٨٢ م ، ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

الملزمة التى استخدمها المشرع للتعبير عما يريده من معان .

ومن أنصار هذا الإتجاه أيضاً الفقيه الإنجليزى ألن ALLEN[1] اذ يقول « **من القواعد المفيدة جدا فى تفسير القانون الوفاء للمعنى المألوف للكلمات المستعملة والتفسير النحوى مالم يكن متناقضا مع نية المشرع** » .

- فالمدرسة الوضعية التحليلة تقصر دور القاضى فى تفسير القانون على البحث عن نية وقصد المشرع ، وتلزمه بعدم تجنبها بدعوى ملائمة النص مع الظروف الإقتصادية والسياسية والإجتماعية السائدة فى المجتمع.

ثالثا : المدرسة القاعدية الشسكلية (مدرسة هانزكلسن):

تقوم فلسفة كلسن عن التفسير على أساس القاعدة العامة التى تقول أن كل مالم يمنعه القانون فهو يبيحه ومن ثم فان وظيفة التفسير هى بيان معانى الكلمات التى إستخدمت فى التعبير عن القاعدة ، فهو يرى أن المقصود من التفسير هو وضع قاعدة أكثر خصوصية لازمة لحل الحالة الواقعية داخل نطاق قاعدة عامة ، ولازمة أيضاً لوضع قاعدة جديدة من جانب القاضى الذى يملك سلطة إحداث هذا الأثر .

ومن ثم فان القضاء يظل حراً فى تحديد مضمون القاعدة الخاصة طالما أنه لم يخرج على نطاق القاعدة العامة التى توجب عليه عموميتها القيام بالتفسير ، إذ أن التنظيم العام يتضمن وفقا له عديد من الأنظمة الخاصة

---

(١) د./ محمد شريف أحمد - المرجع السابق ص ١٧٣ .

تؤكد حرية الأختيار ، ولكن كل هذه الأنظمة تدور فى فلك التنظيم العام .

ويرى أن مسألة توضيح العام والخاص تؤدى دائما الى إجابة ممكنه فى توضيح مصطلحات القانون . فاذا كان معناه قابلاً للتحديد فانه سيظهر غالبا على إثرى ما إذا كانت الحالة الواقعية تدخل أو لاتدخل فى نطاق التنظيم محل البحث . وضرب مثلا على ذلك بجريمة الأختلاس ، اذ يرى أن تعريفها باعتبارها نشل باستخدام الغش والتدليس تسمح بالحكم فى العديد من الحالات - (وذلك بالتقدير لمفهوم التشل والغش والتدليس) - عما اذا كانت هذه الوقائع الإجرامية تستحق هذا التكييف بدلا من التكييف الخاص بالنصب والذى يتطلب تسليم ادارى يتم باستخدام وسائل احتياليه عن المتهم [١] .

رابعا : بعض تطبيقات المنهج القضائى الشكلى فى تفسير القانون :

إعتنق القضاء الفرنسى والمصرى فى كثير من القضايا المنهج الشكلى فى تفسير القانون ، ولا سيما فى فترة الثورة وتشريعات نابليون ، حيث أن هذه الفترة تعد بمثابة العصر الذهبى للمذهب الشكلى سواء فى فرنسا أو فى مصر ، ومن أحكام القضاء فى هذا الشأن مايلى : -

١ - فى نطاق العقد :

أخذ القضاء الفرنسى والمصرى فى كثير من أحكامه بالمنهج القضائي الشكلى فى نطاق العقد وإعتمد على القياس المنطقى فى إصدار أحكامه

---

(١) - H . BATIFFOL " questions de l'"interpretaction juridique " A . P. D . 1972 . P. 11 .

. ومن أحكامه ماقضت به محكمة النقض الفرنسية [١] بحكمها الصادر بتاريخ ١٨ يناير سنة ١٩٥٠ حيث أعلنت عن إتباعها للمنهج الشكلى فى قضية تتلخص وقائعها فى أن تعهد شخص بتوريد آلات ثم إرتفعت الأسعار بسبب الحرب العالمية الثانية ، فطالب باعفائه من تنفيذ التزامه بسبب تغير الظروف الإقتصادية ، وإنهيار معدل الأسعار فرفضت المحكمة اعفاء المدين من تنفيذ الزامه مادام قد ارتبط فى حرية بالتزامات عقديه واضحة ومحددة .

وماقضت به محكمة النقض المصرية [٢] فى حكمها الصادر بتاريخ

---

(١) Cass civil 18 Janv . 1950 . Dalloz . 1950 . P. 227

(٢) نقض ١٤ يناير ١٩٣٢ ، المحاماة السنة الثانية عشر ، العدد الثامن ، مايو ١٩٣٢ ، ص ٧٢٢ - ٧٣٨ .

رأخذت أيضا بعض الأحكام الأخرى بنفس المنهج الشكلى فى تطبيق القانون الصادرة عن القضاء الوطنى القضاء المختلط ، ورفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وتمسكت بالقياس المنطقى ومايؤدى اليه وبارادة المشرع ، وهى مايلى :

أ - بعض أحكام القضاء الوطنى :

حكم محكمة استئناف أسيوط في ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ ، مجلة المحاماه ، السنة ٢٢ ، ص ٦٨٣ ومابعدها ، حكم محكمة الاسكندرية الإبتدائية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، المجموعة الرسمية السنة ٢٨ ، رقم ١٦٦ ، ص ٢٢٣ ، نقض ١٥ مايو ١٩٤٧ ، مجموعة أحكام النقض جزء ٥ رقم ٢٠٠ . ص ٤٣٥ .

ب - بعض أحكام القضاء المختلط :

إستئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ . مجلة التشريع القضاء المختلط السنة ١٣ ، ص ٣٩ ، ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ ، مجلة التشريع القضاء المختلط ، السنة ٢٤ ، ص ٣٦٨ ، ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ . مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ٢٨ ، ص ١٥٥ .. ١٥ مارس سنة ١٩١٦ المجلة السابقة ، السنة ٢٨ ص ٣٠٣ ، ١٩ ابريل سنة ١٩١٦ . المجلة السابقة السنة ٢٨ ، ص ٤١٤ ، ٧ يونيو سنة ١٩١٦ ، السنة ٢٨ ، ص ٤١٦ . ١٧ يناير سنة ١٩١٧ ، المجلة السابقة ، السنة ٣٩ ، ص ١٥٧ السنة ٣٣ ، ص ٣٠٨ ، ٨ مارس سنة ١٩٢٠ ، المجلة السابقة ، السنة ٣٤ ، ص ٢٢٦ ، ٣٠ مارس سنة ١٩٣٢ ، المجلة السابقة ، السنة ٣٤ ، ص ٢٧٩ ، ٦ يونيو سنة ١٩٣٢ ، المجلة السابق ، السنة ٣٤ ص ٤٦٨ ، ١٣ يوني سنة ١٩٣٢ ، المجلة السابقة ، السنة ٣٤ ، ص ٤٨١ ، ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ ، المجلة السابقة السنة ٤٠ ص ١١٢ ، ٢٦ نفمبر سنة ١٩٣١ ، المجلة السابقة ، السنة ٤٤ ، ص ٣٥ .

١٤ يناير سنة ١٩٣٢ والذى تتلخص وقائعة فى « أن الحكومة ، مناقصة خاصة بتوريد كمية من ذرة العويجة ، فرست على أحد الا واشترطت عليه أن يورد لها ماتطلبه فى ثمانية أيام تمضى من تاريخ الط التحريرى الذى يرسل له ، وعلى أنه اذا تأخر فى توريد أى جزء فللمصلحة أن تشتريه على حسابه ، ويكون ملزماً بكل زيادة عن الثمن المتفق عليه كما أن لها أن تلغى العقد وتخطره بالغائه ، وقد قبل المتعهد أن يكون للمصلحة الحق فى إن تأخذ أقل أو أزيد من الكمية المتفق على توريدها بشرط أن لاتتجاوز الزيادة ٢٥٪ وأن يكون لها حق فى الاستغناء بأى حال من الأحوال عن أخذها كلها أو بعضها ، دون أن يكون له حق مطالبتها بالاستلام أو بأى تعويض كان ، وقد أخذ الملتزم فى توريد ماطلب منه ، حتى أن ندرت الذرة فى الأسواق وتضاعف سعرها ولم يستطع أن يورد مايطلب منه ، فعرضت الجهة الحكومية الأمر على القضـــاء ، حتى وصل الأمر الى محكمة النقض . فأستند الملتزم فى دفاعه الى أنه قد إمتنع عن تنفيذ التزامه بسبب العارض الذى طرأ على تنفيذ العقد وهو إرتفاع ثمن الذرة إرتفاعاً فاحشاً جعل تنفيذ العقد مرهقا له ، لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال ، مما يؤدى الى فسخ العقد وإعفائه من التزامه إستناداً الى نظرية الظروف الطارئة التى تقررها قواعد العدل والإنصاف .

● أما المصلحة الحكومية (مصلحة الحدود) فانها أسست طلبها بعدم فسخ العقد وإلزام الملتزم بما ورد به . على أساس أن الإلتزام لم يستحل تنفيذه بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ وذلك لأن الذرة وإن ارتفع سعرها

فهى موجودة بالأسواق ، وأن المشرع لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة التى يتمسك بها الملتزم . وبعد عرض كل من الطرفين لحـــجـه ، أصدرت محكمة النقض حكمها برفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، وقررت أنه لايجوز الإلتجاء الى قواعد العدل والإنصاف الا عند عدم وجود نص ، أما اذا وجد النص كما فى هذه الحالة ، حيث ينص القانون على أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز تعديله أو الإعفاء من تطبيقه بالرجوع الى القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وأنه اذا اتضح أن نصاً معيناً يؤدى أحياناً الى حلول غير عادلة، كما هو الشأن فى هذه الحالة ، فان أمر تعديله أو تقييد تطبيقه لايدخل فى سلطة المحاكم ، وإنما يقع على عاتق المشرع .

وفى هذا الحكم فان المحكمة قد اعتمدت فى إصدار حكمها على القياس المنطقى اذ أنها اعتبرت أن نصوص المواد ١٧٧، ١٧٨، ١١٩ من القانون المدنى تقضى ، بأن العقد شريعة المتعاقدين . وأن العقد لاينفسخ الا أصبح الوفاء مستحيلاً بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ (مقدمة كبرى) وأن الإلتزام ناشئ عن عقد ، وأنه لم يصبح مستحيلاً ، فانه يجب تنفيذ الإلتزام مهما كان مرهقاً ، مادام أنه لم يصبح مستحيلاً كلية بسبب أجنبى .

وتمسكت فى ذلك بارادة المشرع التى أوجبت تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقود بالطريقة التى تم الإتفاق عليها الا اذا وجدت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أدى الى إستحالة تنفيذ الإلتزام ، ورفضت الأخذ فى إعتبارها الظروف المصاحبة لتنفيذ الإلتزام ، وهى ارتفاع سعر الذرة ، وأن تنفيذ الإلتزام أصبح مرهقاً ، وما توجبه قواعد العدل والإنصاف من توازن العقد .

٢ - فى نطاق المسئولية :

إستخدم القضاء المصرى والفرنسى المنهج الشكلى فى نطاق المسئوليـة ، حيث أن القضاء الفرنسى قد اعتمد على هذا المنهج من أجل حماية أصحاب الأعمال ، اذ أنه وفقا لهذا المنهج فى تطبيق القانون فانهم لايلزمون بتعويض العمال عن الأضرار التى تصيبهم إلا اذا أثبتوا خطأ رب العمل ، وهذا شيئ مستحيل إثباته بسبب صعوبتة الفنية وعدم دراية العمال بمثل هذه الأمور الفنية البحته . ومن أحكام محكمة النقض الفرنسية [١] فى هذا الصدد حكمها الصادر بتاريخ ٢ ديسمبر سنة ١٩٨٤ والذي تتلخص وقائعة فى أن عاملاً أصيب بأضرار خطيرة نتيجة لإنفجار المنجم الذى يعمل به ، فطالب صاحب العمل بتعويض الأضرار التى أصابتـه ، وعرض النزاع أمام محكمة النقض ، فقررت عدم مسئولية رب العمل واعتمدات المحكمة فى هذا الحكم على القياس المنطقى اذا اعتبرت أنه لامسئولية بدون خطأ كما تقرر المادة (١٣٨٢) من التقنين المدنـى (مقدمة كبرى) ، وأنه لم يقم دليلاً على خطأ صاحب العمل فى الحوادث المعروضة (مقدمة صغرى) ، فانه لا مسئولية على صاحب العمل نتيجـة لذلك ، وبذلك فانها قررت عدم مسئولية رب العمل ، رغم الأضرار التى اصابت العامل الناتجة عن إنهيار المنجم وإنفجار المفرقعات ، ولم تنظر الى تعذر قيام العامل أو ورثته بعبأ الإثبات فى مثل هذه الظروف .

---

(١) Cass . soc 2 Des . 1884 S . 1886 - 1 - P. 367 .

وأعتنقت أيضا محكمة النقض الفرنسي[1] نفس المنهج فى قضية أخرى عرضت عليها تتلخص فى إنفجار آلة بخارية وإصابة العاملات ، اذ قررت عدم مسئولية صاحب العمل على أساس أنه لم يثبت خطأ في جانبه .

وقد اتبع القضاء المصرى نفس هذا المنهج فى العديد من أحكامه ، منها :-

حكم محكمة النقض والإبرام المصرية [2] الصادر فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ والذى يتلخص فى أن عاملاً للمناورة باحدى محطات السكة الحديد بينما كان يفصل بعض العربات من قطار البضاعة ويضيف عربات أخرى اليه كسرت العصا التى يستعين بها فى آداء عمله فسقط ، ومر القطار على رحله اليسرى فقطعها وكان ذلك سببا فى وفاته ، وعرض الأمر أمام القضاء فحكمت محكمة أول درجة ومحكمة ثانى درجة (محكمة الإستئناف) لصالح الورثة بالتعويض إستنادا الى مبادىء العدل والإنصاف التى تقررها الماده (٢٩) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى تنص على أنه « اذا لم يوجد نص صريح بالقانون يحكم بمقتضي قواعد العدل ، ويحكم فى المواد التجارية بمقتضى تلك القواعد أيضاً وبموجب العادات التجارية » وانتهت فى تسبيب حكمها الى القول بان العامل فى الحقيقة جزء حيوى من الآلات .

وعرض الأمر أمام محكمة النقض والإبرام فقضت بعدم مسئولية المصلحة ، وذكرت للتدليل على ذلك أن الشارع المصرى عقد للإلتزامات

---

(١) - Cass civil 19 Juill 1870 . 1 . P . 361 .

(٢) حكم محكمة النقض والإبرام المدنية فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ . مجلة المحاماه . السنة ١٥ . ١٩٣٤ - ١٩٣٥ . ص ١٥٥ - ١٥٨

بابا خاصاً هو الباب الأول من الكتاب الثانى من القانون المدنى بدأ فيه بالمادة (٩٠) فعرف فيها الإلتزام بأنه ارتباط قانونى الغرض منه حصول منفعة لشخص بالزام غيره بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه ، فكل ارتباط مكون لإلتزام يجب إذن أن يكون قانونياً أى معترفا به من قبل القانون ، ولقد بين الشارع فى المادة (٩٣) التى أوردت بعد ذلك مصادر مايريد أن يعتبره من الإرتباطات قانوناً ملزماً بحسب التعريف الذي وضعه ، فقرر أن التعهدات أى الإلتزامات إما أن تكون ناشئه عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص فى القانون ، ولم يصرح بأن هناك ارتباطاً قانونياً ينشأ عن غير هذه المصادر الثلاثة ، وحيث إن الشارع قد فصل أيضاً فى الباب الثالث من هذا الكتاب جميع أحوال المسئولية المترتبة على الأفعال وفصل كذلك فى الباب الرابع صور الإلتزامات التى يوجبها القانون ، ولن يرد فى أى البابين مايجعل الإنسان مسئولاً عن مخاطر ملكه التى لا يلابسها شيئ من التقصير ، فهذا النوع من المسئولية يرفضه الشارع المصرى بتاتاً ولا يجوز للقاضى اعتماداً على المادة (٢٩) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أن يرتبه على إعتبار أن العدل يسبغه ، اذ أن هذه المادة لايمكن الرجوع اليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مانعاً ، وإذن فالحكم الذى يرتب مسئولية الحكومة مدنياً على نظرية مسئولية مخاطر الملك التى لاتقصير فيها والمسئولية الشيئية يكون قد أنشأ نوعاً من المسئولية لم يقرره الشارع ولم يرد، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه .

اتبعت المحكمة في هذا الحكم المنهج الشكلى فى تفسير القانون إذ أنها ارتبطت بارادة الشارع ولم تعدل عنها لتحقيق العدالة والإنصاف ،

ورفض القاضى أن يخرج فى إصدار حكمه عن القانون لتحقيق العدالة .

المبحث الثانى :

الإتجاه الغائى فى تفسير القانون

تتعدد مذاهب التفسير الغائية تبعاً لتعدد المذاهب الغائية فى مفهوم القانون . فالمذهب الإجتماعى فى مفهوم القانون يقابله المذهب الموضوعى فى تفسير القانون ، والمذهب المثالى فى مفهوم القانون يقابله المذهب المثالى فى تفسير القانون ، ونعرض لهذين المذهبين على التوالى : -

اولا : المذهب الموضوعى فى تفسير القانون :-

ووفقا لهذا المذهب يجب على القاضى أن يفسر التشريع بما يتفق والظروف الاقتصادية والإجتماعية فى الوقت الذى يقوم فيه بالتفسير ، وأن لايرهق نفسه فى البحث عن الإرادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع ، بل يجب عليه البحث عن الإرادة التى كان يتجه اليها المشرع لو أنه وجد فى الظروف الحالية التى تحيط بمن يقوم بالتفسير وذلك بقصد أن يحقق التفسير التقدم الإجتماعى [١]

وهذا الإتجاه يقوم على إساس أن القانون من خلق المجتمع ويتطور بتطوره ، ومن ثم فان النص القانونى بمجرد صدوره ينفصل عن إرادة

---

(١) Paul . ROUBIER " La philosophie des valeurs sociales et les tache de l'interprété du législatuer et jurisconsulte "Conferences données à l'université de Bruxalles . Avril 1952 . Revue de l'université de Bruxelles , 1952 - 1953 . N. 3 . P. 6 .

واضعية ويصبح له كيان مستقل باعتباره أداة فى يد القاضى يحقق من خلالها العدالة ويجعل القانون متمشياً مع الظروف المتغيرة للمجتمع

ثانيا : المذهب المثالى فى تفسير القانون :-

ووفقا لهذا المذهب يجب على القاضى أن يفسر القانون وفقا لمقتضيات العدالة التى تعتبر الهدف الأساسى للقانون . ومن ثم فانه عندما يوجد غموض أو إبهام أو ثغرات فى النصوص فان تفسير هذه النصوص يكون بقصد تحقيق العدالة وليس بقصد البحث عن الإرادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع [1].

- واذا تتبعنا الأنظمة القانونية المختلفة على مر العصور ، سنلاحظ أن الأتجاه الثانى فى تفسير القانون وليد تطور بعيد يضرب في عمق التاريخ ، اذ نجد أنه شيشرون [2] قد اتبع هذا الإتجاه فى تفسير القانون وذلك فى العصر الرومانى اذ أنه يغـــلب دور الإرادة على الشكل ، وذلك حين البحث عن النيـة الحقيقيـة للمشـرع (بالنسبة لنصوص القانون) وللأفراد بصدد تصرفاتهم القانونية ، حيث يرى أن البحث عن قصد المشرع لابقاس هباءاً وإنما على القاضى أو يسبر غور النصوص ويستعرضها مع ظروف فى التطور وأسبابه في أروقة المجتمع ، مفترضاً

(١) Paul . ROUBIER . op. cit . P. 9 - 10 .

(٢) « شيشرون » - د./ محمود السقا - مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - جامعة عين شمس سنة ١٩٧٦ - ص ٧٩٠ .

دائماً كما لو كان المشرع موجوداً فى نفس ظروف العصر وأحداثه .

وقد إتبع F:Geny [1] نفس الإتجاه فى تفسير القانون ، وهو ما يتضح من خلال مدرسة البحث العلمى الحر ، حيث يرى من خلالها أن تفسير القانون يؤسس على تقديرات القاضى بحيث يقوم ببحث علمى حر لمصادر حكمه فيما وراء القانون الوضعى وذلك فى جوهره الأصلى ليصل من خلاله إلى الحل القانونى الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التى كان سيراعيها المشرع لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع ويعتبر عمل القاضى فى هذه الحاله من قبيل البحث العلمى الحر لأنه غير مقيد بأى حكم وضعى وغير متأثراً بأفكاره الشخصية أو بالعناصر المتغيره للنزاع ، بل يتأثر بالعناصر الذى يقدمها له العلم بمعنى التأثر بالحقائق التى يتكون منها جوهر القانون .

وأيضاً إتبع Jerz . wroblewski [2] . نفس هذا الإتجاه فى تفسير القانون ، إذ يرى أن القاضى باعتباره هو المنوط بعملية التفسير يجب عليه أن يرتبط فى تفسيره للنص بالأيدلوجية السائده فى المجتمع ، ولا يرتبط بالمفهوم الذى أعطاه المشرع للنص لحظه وضعه حيث أن هذه الأيدلوجية تحدد له القيم المراد تحقيقها فى المجتمع ووسائل تحقيقها وذلك

(١) F . GENY " Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif " Essai critique .(L G . D . J) 1919 . p.77 - 109 - 117 -

(٢) J.WROBLEWSKI " L ' interprétation en droit . théorie et idéologie " A P . D 1975 . t.26 P 52 et s

حتى يظل القانون كلمات حيه صالحة لحل مايستجد فى المجتمع من منازعات .

ثالثاً :- بعض تطبيقات القضاء للمنهج الغائى فى تفسير القانون فى فرنسا ومصر لجأ القضاء المصرى والفرنسى فى بعض أحكامه إلى إستخدام المنهج القضائى الغائى فى تفسير وتطبيق القانون . ومن أحكامه فى هذا الشأن ماقضت به محكمة إستئناف مصر الوطنية فى حكمها الصادر بتاريخ ٩ إبريل سنه١٩٣١ (١) . والذى يتلخص فى أن تعاقدت مصلحة الحدود مع شخص على أن يورد لها كمية من ذرة العويجة وإشترطت عليه فى العقد أنه فى حاله تأخيره عن توريد أى طلب فى ميعاد محدد ، تكون المصلحة فى حل من أن تشترى الكمية المطلوبة من الغير وتحتسب عليه فرق الثمن . وبدأ المتعهد فى تنفيذ التزامه وورد بعض ما تعهد به ، ثم إمتنع عن توريد ماطلبته منه المصلحة ، فقامت المصلحة بشراء المقدار اللازم لها من السوق بسعر عالى جداً وطالبته بفرق الثمن معتبره إياه ممتنعاً عن تنفيذ العقد ، فرد المتعهد على الدعوى بأن صنف الذرد المتعهد بتوريده للمصلحه كان نادراً ويكاد يكون معدوماً فى السوق ، وإن ثمنه إرتفع إرتفاعا فاحشاً بسبب الغاء التسعيرة بعد التعاقد ، وأحتجت المصلحة مواجهته بنصوص العقد وأحكامه . فأخذت المحكمة للفصل فى هذا النزاع بالمنهج الغائى وتقاضت عن حرفيه النصوص ونتائج القياس المنطقى وأعفت المتعهد من تنفيذ التزامه وقالت فى أسباب حكمها « إنه وإن كان من المقرر إحترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ، مادامت لم يصبح تنفيذها مستحيلاً

(١) - حكم محكمة إستئناف بمصر الوطنية فى ٩ إبريل سنه ١٩٣١ المحاماه - س ١٢ رقم ٤١ سنه ٦٣

إستحالة مطلقة لحادث قهرى إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف ، فاذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد كانت من شأنها أن تؤثر على حقوق وواجبات الطرفين بحيث تخل بتوازنهما فى العقد إخلالا خطيراً تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال فانه يكون من الظلم إحترام العقد فى مثل هذه الظروف ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب » ومن أحكام القضاء الفرنسى الذى إتبع فيها المنهج الغائى ما حكم به مجلس الدولة الفرنسى فى حكمة الصادر بتاريخ ٣٠ مارس سنه ١٩١٦ [1] . فى قضيه تتلخص وقائعها فى أن تعهدت شركه الإضاءة لمدينة بوردو بتوريد الغاز لجمهور المستهلكين والجهات الإداريه ثم بعد ذلك إرتفع ثمن الفحم إرتفاعاً شديداً إثر قيام الحرب العالمية الأولى وإحتلال المناطق الغنية بالمناجم خلال الحرب لدرجة أن وجدت الشركة أن الأسعار التى تتقاضاه لا تغطى نفقات الإداره ، ولهذا تقدمت الشركه للسلطة مانحة الالتزام طالبه رفع تلك الأسعار ، غير أن تلك السلطه رفضت ذلك وتمسكت بتنفيذ عقدالالتزام ، بناءاً على أن العقد شريعة المتعاقدين وأن الالتزام الملقى على عاتق الشركة لم يصبح مستحيلا لأن الفحم وإن كانت أسعاره قد أرتفعت فانه موجود وعند عرض النزاع أمام مجلس الدولة قرر أنه إذا وجدت ظرورف لم تكن فى الحسبان وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاه على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً ، فالملتزم

(١) حكم مجلس الدولة فى ٣٠ مارس سنه ١٩١٦ ، سيرى ١٩١٦ - ٣ - ص ١٧ ، ١٨

الحق فى أن يطلب من الإداره ولو مؤقتاً المساهمة إلى حد ما فى الخسائر التى تلحق به . وفى هذا الحكم لم يستخدم مجلس الدولة القياس المنطقى فى إصدار حكمه وإنما رفض الأخذ به لأنه يؤدى إلى نتائج تضر بالمصلحة العامة ، وإنما أصدر حكمه بما يحقق المصلحة العامة فى إستمرار الشركة الملتزمة ، وبحث عن الحجة التى تؤيد ذلك فوجدها فى مبدأ توازن العقد ، وهو بذلك أخذ فى الإعتبار الظروف الإقتصادية والإجتماعية المصاحبة لتنفيذ العقد ، وإعتمد فى إصدار حكمة على الحجج التى قدمها ، وهو بذلك استدل على هذا الحكم بالمنطق غير الصورى الذى يعتمد على الحجج وليس على القياس .

مما سبق يتضح لنا أن القضاء الفرنسى والمصرى إزاء عدم وجود نص فى التشريع يحدد المنهج الواجب الإتباع فى التفسير . فانه اذا كان قد إعتنق طوال القرن التاسع عشر المنهج الشكلى فى تفسير القانون متأثراً بما نادى به الفقه السائد فى ظل هذه الفتره ، فان المحاكم ومع بداية القرن العشرين وعلى الرغم من التغير فى الواقع الإجتماعى لم تعلن صراحة خروجها عن المنهج الشكلى فى تفسير القانون وقامت بتقدير حلول عادله تتلائم مع الظروف الإقتصاديه والإجتماعية الجديدة ، ولكنها لتمسكها بالمنهج الشكلى فانها إردتها للنصوص الموجوده مدعية أن تلك هى إراده الشارع ، ومن ثم القضاء الفرنسى والمصرى مازال يأخذ بالمنهج الشكلى فى تفسير القانون حتى يومنا هذا ، ولكن بصوره أقل عما كان عليه الوضع فى القرن التاسع عشر .

الباب الثانى :

الوسائل التى يستخدمها القاضى فى التفسير

إن هناك العديد من الوسائل التى يمكن أن يستعين بها القاضى أثناء قيامه بعملية التفسير ، مثل الإستعانة بالتفسير اللفظى أو المنطقى ، أو الإستعانة بالمبادئ العامة للقانون ، أو إستخدام المصادر الإحتياطية للقانون .

ونظرا لأهمية هذه الوسائل فاننا سنعرض لها تباعا من خلال التقسيم التالى : -

المبحث الأول : الإستعانة بالتفسير اللفظى .

المبحث الثانى : الإستعانة بالتفسير المنطقى .

المبحث الثالث : الإستعانة بالمبادئ العامة للقانون .

المبحث الرابع : الإستعانة بالمصادر الإحتياطية للقانون .

الفصل الأول:

الإستعانة بالتفسير اللفظى

- وللوقوف على مغزى التفسير وكيفية استفادة القاضى منه فاننا نعرض لماهيتة ، وكيفية الإستفادة منه من خلال المطلبين الأتيين : -

المبحث الأول:

ماهيتــــــــــه

وهو أول وسيلة يجب أن يلجأ اليها القاضى ، والتى عن طريقها يستنتج القاضى المعنى من ألفاظ النصوص إذ أنه لايوجد نص يمكن أن يفهم من تلقاء نفسه لوضوحة التام ، ويجب على القاضى فى شرحه للنص وفقا للتفسير اللفظى أن يستند الى المعانى اللغوية للكلمات ، وأن يأخذ فى الإعتبار تراكيب الكلام فى اللغة ، وقد يجد صعوبة فى فهم بعض العبارات ، ولكن يمكن التغلب على ذلك بطريقتين، إما عن طريق إدخال الجزء غير المفهوم بين ماسبق ، وما يلحق به بصورة يسد بها القاضى هذا النقص ، أو يتم تحليل الجزء غير المفهوم وعناصره حتى يمكن بعد ذلك إدماجه فى المعنى ليكون وحده لاتتجزء [1] .

ويهدف هذا النوع من التفسير الى فهم النص ، ليس فى تركيبه فقـــط ، وفى معنى كل كلمة من الكلمات على حده ، وكذلك كل عبارة على حده ، بل أنه يكون طبقا للروح والبناء المنطقى للغة كمجموع ، وكبناء تحليلى للفكر المعبر عنه .

(١) د / صبرى السعدنى - تفسير النصوص فى القانون الوضعى والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٩ ، ص ٢٤ .

ولايقتصر الأمر على معرفة المعنى بالصورة التي كانت عليها اللغة ، بل المعنى الخاص بتطورها ، باعتبار اللغة جهازا متطورا ومستمر التطور .

ويجب على القاضي الا يفهم كل لفظة على حده ، وكل عبارة من عبارات النص مستقلة عن غيرها ، بل يجب عليه بعد تفهم الألفاظ والعبارات أن يقوم باستخلاص المعنى من مجموع عبارات النص مرتبطة كل منها بالأخرى ، وبذلك تنكشف الإرادة التشريعية للنص .

المبحث الثاني:

كيفية الإستفادة من التفسير اللفظي

يمكن الإستفادة من هذا النوع من التفسير وذلك من زايا مختلفة : -

أولا : يمكن الصول الى قصد المشرع من خلال النص ذاته وذلك باستنتاج المعنى من محتوى ومضمون النص ذاته ، وذلك بالبحث عن إرادة المشرع من خلال معناه الحرفي

فيمكن الوصول الى معنى النص . **أولا** : من خلال مقدمة القانون نفسها ، والتى تندمج أو ترتبط بالقانون ، والتشريع الفرنسي الحديث يمدنا بالعديد من الأمثلة . منها القانون رقم ٨٥ / ١٣٧٢ والصاد بتاريخ ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٥ الذى يتعلق بالمساواة بين الزوجين فى أنظمة الزواج . الآباء فى تنظيم أموال الأطفال القصر . حيث أن القانون القديم كان يقصد بذلك الحق على الزوجين فقط (القانون رقم ٦٥ / ٥٧٠ الصادر بتاريخ ١٣ يوليو سنة ١٩٦٥) فمن خلال مقدمة القانون نفسها يتضح قصد المشرع (١)

(١) Y. POCLAT op. cit P. 172

ثانيا : ويمكـن الوصول الى قـصد المشـرع ، وبالبحث خارج نطاق النص ، وبصـفـة خاصـة فى المواد التـمهـيدية للقانـون أو فى الأعـمال التحضيرية له إذا أنها يمكن أن تؤدى إلى معنى وهدف النص .

فالمواد التـمهيدية للقانون يمكن أن توضح للأهداف الذى ينبغى المشرع تحقيقها من وراء النص ، مما يجب معه على القاضى أن يرجع إلى هذه المواد لكى يستـخلص منها هدف المشرع . ومن أمـثله ذلك المادة الأولى من القانون الفرنسى رقم ٨٥/٨٦ والصادر فى ٢٥يناير١٩٨٥ (١) والذى يتعلق بالتـصـفـيـة القـضـائية للمشروعات ، يؤكد صدر هذه المادة وجود أهداف موضعية ثلاثة ينبغى المشرع تحقيقها من هذا النص وهـم .

أولا : السـماح بحمايـة حفظ المشروع .

ثانيا : الإحتفاظ بالنشـاط الوظيفى .

ثالثا : تصفية أمـوال المشـروع .

وهنا يجب على القاضى أن يصل من خلال المواد التـمهيدية للقانون للأهداف الذى يبتغيها المشرع مع الأخذ فى الآعتبار للتدرج بين الأهداف ، فمضى مثل هذه الحالة إذا أوجد نزع بين الأهداف الثلاثة فإنه يجب أن يميل إلى الهدف الأول وذلك لأن المشرع قد وضعه على قمه التدرج .

وقد يقتضى توضيح النص من القاضى أن يقوم بوضعه بالقرب من مكانه فى التقنيه الذى يحتوية ، ومن أمثله ذلك الماده ٦٠٥(٢) من التقنين المدنى الفرنسى والمقابله للمواد ٥٦٤ ، ٥٦٦ مدنى مصرى ، إذ تقضى بأن

(١) - LOI N° 85 - 98 du 25 Juin 1985 . Code civil français . Dalloz - 1992 - 1993 - P. 1514 - Art 2101 .

(٢) - ART . 605 - Code civile français - Dalloz 1992 - 1993 - P. 440

المنتفع لايلتزم الإ بأصلاحات الحفظ والصيانة ، أما الإصلاحات الأساسيه يلتزم بها المالك ، فهذه المادة لم تحدد ما أذا كان فى أستطاعته المستأجر أن يجبر المالك على القيام بهذه الإصلاحات أم لا مثلما أكدت على استطاعتة المالك اجبار المستأجرعلي القيام بأصلاحات الحفظ والصيانة ، ذلك لأنها وضعت فى الجزاء المتعلق بالتزمات المستأجر ، ولذلك أعطتها المحاكم الفرنسية هذا المعنى [١] .

وقد إستخدمت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية [٢]منطقا مشابها حينما قررت أن تطبق على حالة إغتصاب التوقيع "l, ex torsion de signature" العقوبه المنصوص عليها بالماده ٤٠٠ من القانون الجنائى الفرنسي ، والإعفاء المشار إليه بالماده ٣٨٠ من نفس التقنين والتى لا تشير بوضوح الا إلى الإختلاسات . وذلك إستناداً إلى أن المادتين يكونان جزءاً من نفس الفصل المتعلق بالسرقة " le vole"

- والأعمال التحضيرية للقانون يمكن أن تساعد القاضى للوصول إلى إراده المشرع ، إذ أن الرجوع إلى المناقشات التى دارت بشأن القانون عند وضعه ، وإلى المشروع الأصلى للقانون ومذكراته الإيضاحية يساعد فى فهم القانون وتحديد قصد المشرع .

وكثيرا ما يرجع القاضى فى مصر الى المناقشات التى دارت فى مجلس الشورى أو الجمعية الشرعية أو المذكرات التى وضعها لحظة عرض مشروع

---

(١) - Caen . 7 nov . 1840 , s . 1841 - 2 - 5 , Paris , 27 Juilll 1928 . D. P. 1929 . 2 . Poitieres 17 mars 1954 . d. 1954 . 560 .

(٢) - Crim , 8 Fev . 1840 , s. 1840 - 651 .

القانون للتصديق عليه من قبل مجلس الشعب ، ويبنى تفسيره عليها(١) .

- والرجوع إلى الأعمال التحضيريه كانت وسيله منتقده من قبل " H. capitant " (٢) حيث كان يزعم أن الرجوع إلى مناقشات المجلس التشريعى للحصول إلى الأهداف التى إبتغاها المشرع ، والرجوع إلى الآراء العامة التى وضعت أثناء مناقشه القانون ، والتى تتضمن أفكاراً لاتكون قد درست مما فيه الكفاية سواء من ناحية فكر القانون أوبناءة المنطقى ، تعد مخاطره حقيقية ، بالإضافة إلى أن النصوص التى تضع بناءاً على هذا تكون غامضة ومتناقصة ثم عاد " H.capitant" بعد ذلك ورد الإعتبار للأعمال التحضيرية ، ورأى إمكانية الرجوع إليها عند البحث عن المعنى الأفضل للنص المراد تفسيره ، على الرغم من أنها غالباًماتكون أدوات غير كافية ، وغير مسببة .

- وبالنسبه لموقف القضاء إزاء الأعمال التحضيرية يبدوا متحفظا بما فيه الكفاية ، إذا أن محكمة النقض الفرنسية قد قررت منذ فترة طويلة من الزمن « أنه حينما يكون القانون واضحاً ، فإنه لا يجب أن نرجع إلى الأعمال التحضيرية بدعوى البحث عن أهداف المشرع (٣) ، وقد تأكد ذلك

---

(١) أنظر م ./ محمد كامل مرسى ، سيد مصطفى - أصول القوانين مع تطبيقات من القانون المصرى والقوانين الأخرى - المطبعة البرجمانية بمصر سنة ١٩٢٣ ص ٢٩٢ .

(٢) H. CAPITENT" Les travaux Preparatoires et l'interperetaion des lois " T. 2 . libraire du Recieueil sirey . 1935 . P. 204

(٣) - Cas civil 4 juin 1889 . D. P. 1890 I 351 - cass civil 20 octobre 1891 . D. P. 1892 . I - 57 cass civil 22 nov 1932 . d.H. 1933 - 2 .

فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ نوفمبر سنه ١٩٣٢ [١] حيث ذكرت فى إحدى حيثيات حكمها « **انه إذا كان الرجوع إلى الاعمال التحضيريه ، من حيث المبدأ ، يكون جائزآ حينما يقتضى النص القانونى نوعا من التفسير ، فإنه على النقيض من ذلك يجب على القاضى أن لا يرجع اليها حينما يكون معنى القانون - كما يتضح من مضمونه - واضحا لا لبس فيه ولاغموض ، وبالتالى يتمسك بهذا المعنى** »

- وايضاً حينما يكون النص واضحاً فان الحاكم يجب عليها أن تتمسك بكلمات القانون حتى ولو زستنتج من الأعمال التحضيريه أن المشرع قد عبر عن إراته بكلمات تشوه لهذه الإراده ، وذلك لأن الإهتمام بحمايه الأمن القانونى يجب أن يتغلب على الأهداف التاريخيه للمشرع .

ولكن عادت محكمة النقض الفرنسية حديثا وأكدت أهمية الرجوع إلى الأعمال التحضيرية ، حيث رأت أنه لايمكن فهم النصوص وتفسيرها بدون الرجوع إلى الأعمال التحضيرية وضربت على ذلك المثل بالقانون رقم ٦٧٧/٨٥ والصادر بتاريخ ٥ يوليو سنه ١٩٨٥ ، إذ أنه طبقا لمادته الأولى تنطبق نصوص الفصل الأول من هذا القانون والتى تتعلق بضحايا حوادث الطريق " L, accidants de la circulation " على الضحايا اللذين يلحقون بأضرار من جراء تلك الحوادث شريطه أن تنشأ هذه الحوادث عن مركبة برية ذات محرك . ولكن نصوص هذا الفصل لم توضح معنى الإشتراك " L,implication "، مما يستلزم معه الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون لكى تصل إلى معنى الإشتراك . وبأحكام ثلاثه صدرت

---

(١) حيث تقول : - cass . civil , 22 nov 1932-2 -
" si en principe , le recours aux travaux preparations est permis lorsqu'un texte necessite une interpretation . le juge dois au contraire se l'enterdire larsque le sens de la loi tel qu'il resulte de sa redaction . n'est ni obscur ni ambiguet doit par consequent etre tenu pour cerain " .

فى ٢١ يوليـو سنـة ١٩٨٦ (١) قـررت الدائره الثانيـه لمحكمـة النقض الفرنسيه ، أن المركبة التى تكون فى حالة توقف لايشملها النص إلا إذا كانت شروط توقفها قد أخلت بدوران الضحية ، وإستنتجت من ذلك أنه لو كان توقف المركبه منتظما ، فإن النص لايتضمنها ، بينما إذاكان توقفها غير منتظماً فانه لايتضمنها شريطة أن تضايق الآخرين ، وهنا نجد تساؤلا يفرض نفسه وهو ، هل هذا الحل يستمد بطريقة مباشره من الأعمال التحضيريه ؟

أن الأعمال التحضيريه لهذا القانون أوحت بمفهومين مختلفين تماما لمصطلح الإشتراك " L, implication" من المفهوم الأول إستخدمت محكمة النقض الفرنسيه فكرة أن المركبة ذاتها فى توقفها يمكن أن يتضمنها النص ، وإستخدمت من المفهوم الثانى أن التوقف يجب أن يكون مصدر خطر بالنسبه للآخرين .

وهنا يتأكد لنا مدى أهمية الدور الذى تلعبة الأعمال التحضيرية فى التفسير ، ومدى إعتماد القضاء عليها فى وضع العديد من المبادئ القانونية ومن قبيل الإستعانة بالاعمال التحضيرية أيضا ماقضت به محكمة النقض المصريه (٢) فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ يونيو سنه ١٩٦٠ من أن الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو إثارة لايقع إلا واحده لإنه مقترن بالعدد فى المعنى وإن لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد ، يؤكد ذلك ماورد فى المذكره

---

(١) - cass civil - 2o éme chambre - 21 juill 1986 - Gaz.Pal . 17 - 18 octorbre 1986 not F. CHABAS . J.C.P. 1987 . II - 2 0729 - not . Durry .
" Le véhicule en stationnement n'était impliqué que si les conditions de son stationnement avaient perturbé la circulation de la victime "

(٢) مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض - س ١١ - العدد الثانى - القاعدة رقم ٧٤ ص ٤٧١ بتاريخ ٢٣ / ٦ / ١٩٦٠ - طعن رقم رقم ٣٤ س ٢٨ ق أحوال شخصية .

الإيضاحيه لنص الماده الثالثة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ من أن الطلاق مشرع على أن يقع على دفعات متعدده ، وأن الآية الكريمة :

« الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لايكون الإمره بعد مره ، وأن دفعات الطلاق جعلت ثلاثه ليجرب الرجل نفسه بعد المره الأولى والثانية ويروضها على الصبر والإحتمال ، ولتجرب المرأه نفسها أيضآ حتى إذا لم تستفد من التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم إنه ليس فى البقاء خير وأن الإنفصال البات بينهما أحق وأولى .

- ومن ذلك أيضا ماقضت به المحكمة الإدارية العليا [1] من أن القانون رقم ٤١٩ لسنه ١٩٥٥ الخاص بإنشاء صندوق للتأمين وآخر للإدخار للعمال الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنه ١٩٥٢ بشأن عقد العمل الضرورى إنما يستهدف كما أفصحت عن ذلك مذكرته الإيضاحيه حماية الطبقات العاملة بتطبيق نظام التأمين الإجتماعى بما يحقق الطمأنينه للعمال .

وغنى عن القول هنا أن موقف الحكومة فى هذا الشأن موقف المنفذ للقانون بنصوصه وروحة المحققه لأهدافة ، وأنه يتعين عليها أن تنزل على مقتضاه لتحقيق مصلحة العمال التى يهدف القانون إلى حمايتها ، من ثم لزم أن يكون المناط فى تأويل النصوص الإجرائية الخاصه بمواعيد تقديم طلبات الإعفاء ومد المهلة على أساس هذا الفهم ، ولذلك قالت المحكمه الإداره العليا فى حكمها المذكور « أن المناط فى تأويل تلك النصوص هو رعاية مصلحة الطبقة العامله والأخذ بما هو أصلح لهم » .

---

(١) مجموعة المحكمة الإدارية العليا فى عشر سنات - جـ ١ القاعدة دقم ٤٠٨ ص ١٢٦ بتاريخ ١٩٥٩/٦/١٣ .

الفصل الثانى :

الاستعانة بالتفسير المنطقى

يستعين القاضى بالتفسير المنطقى حينما يؤدى تطبيق النص عليالغم من وضوحه إلى نتائج تتعارض مع المنطق أو تفوت على النص الحكمه التى يستهدفا إذامافسر تفسيراً لفظيا ، ويظهر ذلك عندما تبدوا إعتبارات النص ناقصه أو معيبه فلا يفهم منها مضمون القاعده القانونيه كلها ، أو تكون عبارات القاعدة عامة جداً ممايفهم منها أكثر مما ينبغى ، أو أن تكون هناك عبارات خاطئه تزيف إراده المشرع [(١)] .

وعندما يلجأ القاضى إلى التفسير المنطقى فإنه يستخدم طرق بحث أدق من طرق التفسير اللفظى ، لأن التفسير المنطقى يعمل على مستوى أعلى ، ويتعمق للوصول إلى روح النص ، وهو فى ذلك يستخلص هذه الروح من العوامل العقلية التى أوحت بها ، ومراعاه تغيرها مع الزمن ، بالإضافة إلى مراعاة التنسيق بين النصوص حيث أنه يساعد فى فهم النص ، ولذلك سنتكلم عن هذه العوامل تباعاً موضحين كيف يستفيد بها القاضى فى التوفيق بين مضمون النص والواقع الإجتماعى المعروض عليه وذلك من خلال المطالب الآتية : -

المطلب الأول : - العامل العقلى أو حكمة التشرعى .

المطلب الثانى : - مراعاة التنسيق .

---

(١) أنظر د./ سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص ٩٠٥ ، د./ صبرى السعدى - المرجع السابق ص ٢٠٧ ومابعدها ، د./ عبد الحى حجازى - المدخل لدراسة القانون - المطبعة العالمية سنة ١٩٦٠ ص ٥٢١ .

المبحث الأول:

العامل العقلى أو حكمة التشريع

إن لكل قاعدة قانونية هدفها ترمى إليه ، وهذا الهدف يمثل الحكمه من وضعها ، فحكمة التشريع هى الغاية التى قصد من وضع النص تحقيقها ، والمقصود بذلك المصالح التى إستهدف المشرع حمايتها ، والإعتبارات الإجتماعية والسياسية والإقتصادية والإخلاقية التى دعت إليه [١] .

وقد أخذ هنرى كابيتان [٢] بنفس المعنى تقريبا حينما أكد على أن المفسر (القاضى) يجب أن يبحث عن الهدف الذى يبتغيه المشرع ، وعن المصالح التى يبغى حمايتها ، وعن الحاجات الإقتصاديه ، والإعتبارات الإجتماعية والأخلاقية والسياسة التى يجب أن يستوحيها حكمه . فروح التشريع تساعد فى تحديد معنى النص ، إذ أنه يفسر على ضوء الغاية منه ، وعلى ذلك يجب إدراك الحكمة منه والوقوف على المصالح التى يراد منه حمايتها ، والمساوئ التى يهدف النص إلى تجنبها ، والغاية السياسيه والإجتماعية والإقتصاديه والإخلاقية التى يرمى إلى تحقيقها . ولكن كان

(١) د./ عبد الفتاح عبد الباقى - المدخل لدراسة القانون - منشأة المعارف بالأسكندرية سنة ١٩٥٤ ، ص ٣٤٩ ، د./ عبد الحى حجازى - المرجع السابق ص ٥٢١ - د./ جميل الشرقاوى - مبادىء القانون - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٢ ص ٢٠٣ .

(٢) H. CAPITANT " introduction à l'étude du droit civil " 3éme éd - Paris - 1912 P. 108 . حيث يقول :
" L'interpréte devera aussi se demander quel à été le but poursuivi par le législateur queles sont les intéréts qu'il a voulu souvegarder , les besoins économiques qu\il s'est propose de satisfaire , les considerations sociales , morales , politiques qui ont inspire sa dicision " .

النص هو الوسيله لمعرفه حكمتة التشريعية فعلى القاضى تقدير الغاية أو الهدف العلمى من القاعدة القانونية[1]، ولذا فعليه أن يستلهم الحاجات التى من أجلها وضعت القاعدة القانونية ، إذ أن القانون يهدف إلى تحقيق مصالح إجتماعية وإقتصادية للجماعة ، وعليه يجب أن يدرس القاضى هذه العلاقات دراسة عميقة ، إذ أن التفسير ليس فناً لغوياً ولكنه يبحث متطلبات الحياة العملية والحقائق الإجتماعية .

ويرى جانب من الفقه [2] أن الحكمة فى جميع القواعد القانونية هى العامل الحاسم فى توضيح غموض التشريع ، وإيجاد حلول لحالات آخرى ، اذا أنه قد تكون هناك حالات لاتشملها الفاظ النص ، ولكن عن طريق معرفة الحكمة يتضح أن الإداره التشريعية تستوعب أيضا هذه الحالات وهذا يكون نتيجة للعملية التفسيرية ومن الأمثله الواضحة على ذلك ما نصت عليه المادة ٧٦ مدنى مصرى قديم ، والتى كانت تقضى بتملك واضع اليد عن وجود سبب صحيح كعقد بيع صادر من غير مالك ، فالحكمه من تشريع هذه الماده حمايه حسن النيه ، إذ لايتصور أن يكون المقصود هو أن مجرد الحصول على سبب صحيح ولو بسوء نيه يعتبر شرطا كافيا لتخفيض مده التقادم من خمسة عشر سنه إلى خمس سنوات ، والا لاستطاع كل حائز أن يصطنع لنفسه سببا صحيحا يستند اليه فى التمسك بالتقادم القصير ،

---

(١) د./ ثروت أنيس الأسيوطى - نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها سنة ١٩٦٧ - مطبعة جامعة عين شمس - ٩٧ - ص ٩٣ .

(٢) د./ جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ٢٠٦ - د./ سليمان مرقص - المدخل للعلوم القانونية - القاهرة سنة ١٩٥٣ - ص ٥٦٨ .

فجرى القضاء على إستلزام شرط حسن النيه [1] ومن ذلك أيضا الماده ٣٣٧ عقربات م والتى تنص على أن من أعطى بسوء نيه شيكا بدون رصيد يقع تحت طائله العقوبات .

والحكمة من ذلك الضرب على أيدى النصابين الذين يخدعون الناس بأعطائهم شيكات بدون رصيد مدام محرر على الشيك تاريخ واحد ، هو تاريخ الإستحقاق حتى لو ثبت بعد ذلك أنه حرر فى تاريخ سابق على تاريخ الإستحقاق علما بأن ذلك يعطى للشيك صفه الكمبياله ويفقد صفته كشيك غير أن المحاكم رأت توقيع العقاب على مصدر هذا الشيك إذ أن مجرد كتابه الشيك بتاريخ واحد هو تاريخ الإستحقاق يخدع الجمهور فيظن أن االشيك مستوفى شروطه القانونيه فيتداول عن طريق التظهير [2]ومن أمثلة ذلك ماجاء فى أحكام المحكمة الإدارة العليا [3] من أن الحكمة التى دعت

---

(١) د./ جميل الشرقاوى - المرجع السابق ص ٢٠٦ . د./ سليمان مرقص - المرجع السابق ص ٢٦٨ - فقد صحح المشرع ذلك فى المادة ٩٦٩ من جديد فذكر شرط حسن النية .

(٢) نقض ١٩٤٧/١١/٤ - قضية رقم ١٣٨٦ - س ١٧ ق - مجموعة عمر جـ ٧ ص ٢٨٠ - أنظر نفس الحكم أيضا فى مجلة المحاماة العددان الأول والثانى س ٥٢ - يناير وفبراير ١٩٧٢ - ص ١٨ ، ١١ يناير ١٩٧١ - الطعن رقم ١٧٠٥ السنة ٣٩ ق ، حيث جاء في حكم المحكمة « وحيث أنه ... من أن المدعى بالحق المدنى أعطى الشيك تاريخاً مغايراً للواقع ...... فمردود بما أستقر عليه قضاء النقض من أنه اذا كان الشيك موضوع الدعوى قد استوفى الشكل الذى يتطلبه القانون لكى تجرى الورقة مجرى النقود فانه يعد شيكا بالمعنى المقصود فى حكم المادة ٣٣٧ عقوبات مصرى .

(٣) مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى عشر سنوات من سنة ١٩٥٥ - سنة ١٩٦٥ - جـ ١ - رقم القاعدة ٢٠٠ ص ٢٠٨ .

الي تقرير مرتب الإقامة بالصحراء هى تشجيع الموظفين والمستخدمين على الاقبال على العمل بالجهات النائيه وفى ضوء هذه الحكمة يتعن فهم وتفسير مدلول قرارات مجلس الوزراء الخاصه بتقدير هذا المرتب .

ومن الأحكام التى صدرت إستناداً أيضا إلى الحكمة من التشريع ما حكمت به محكمة الاسكندرية الابتدائية (1)من أنه يكون من التكاليف الواجبة الخصم من الأرباح الأجماليه الخاضعة للضريبه على الأرباح التجارية والصناعيه فيما قبل صدور القانون ١٣٨ سنه ١٩٤٨ ما تنفقه المنشأت عاده للدعاية أو الأعلان عن نفسها فى سبيل إجتزاب الزبائن وترغيبهم على ألا تتجاوز قيمتها حد المعقول الذى تقدره المحكمه بـ ٣٪ مهتدية فى ذلك بروح المشرع التى حد به الى سن القانون رقم ١٣٨ سنه ١٩٤٨ .

وقد يتعذر الكشف عن المصلحة التى يحميها النص إذا بحث القاضى عنها داخل إطار النص واحده وفى معزل عن غيره من النصوص لهذا يتبغى على القاضى فى مثل هذه الحالة أن يستفيد من الموقع الجغرافى للنص ليوضح الحكمة التى توخاها المشرع من مجموعة النصوص التى ينتمى اليها النص ذو الحكمة الخفية ، ومن أمثله ذلك المادة ٤٣٨١ م مصرى حيث تعاقب كل من القاصابين أ غيرهم بلحم البهائم أو جثثها داخل المدن أو حملها بدون أن يحجبها عن نظر المارين .

فاذا أخذ القاضى بالمعنى اللغوى المستخلص من ألفاظ هذا النص عباراته وهو المعنى الذى يبرر لأول وهله أمكنه القول أنه ينطبق على كل من

(1) محكمة الأسكندرية الابتدائية فى ١٩٥١/٦/١١ - الجرف ٢٧٣/٧ / ١٠٥٣ - أنظر أيضا أحكام المحاكم الآتية التى استندت في حكمها على أحكام التشريع - المنصورة المختلطة فى ٢٥ / ٦ / ١٩٤٧ - الجرف ١ ص ٢٧٣ - بور سعيد الابتدائية فى ٢٨ / ٤ / ١٩٥١ الجرف ١٠١٥/٣٤٥/٧ - القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٣/٦/٢١ - الجرف ١٢١٥/١٠٩/٨ .

يحمل اللحم المذكور ملفوفا فى كيس شفاف لا يحجبه عن الأنظار أو يضعه فى عربه لحمل اللحوم مغلقة بالزجاج . فمن الممكن القول بهذا وتكون الحكمه بداهة أن المشرع قصد من وراء النص حمايه جمال المدينه وزينتها من أن تقع العين على منظر اللحم غير المحجوب ، ولكن مثل هذه الحكمة لم يقصدها المشرع ، آيه ذلك أنه سمح لغير القاصابين بان يجوبو المدن حاملين اللحم غير المحجوب عن الأنظار ولكى يقف القاضى على الحكمه الحقه من تجريم هذا الفعل وجب عليه أن ينظر إلى مجموعه النصوص التى وردت بينها هذه الماده أذ أنها تتصدر مجموعه من والمواد وضع لها المشرع عنوانا المخالفات المتعلقه بالصحة العامه .

لهذا يجب على القاضى ألا يسحب حكم هذه الماده على هذين الفرضين الآخرين ففيهما تحقق حماية الصحة العامة ، والذى يؤيد هذا أن المشرع قصر التجريم على القصابين دون المستهلكين لإنهن يحملون ما سيأكلونه ، فالمفروض أنهم سيعلمن على عدم تلويث اللحم بأن يلفوه محافظه علي صحتهم وقد لا يكون لدى القصابين مثل هذا الحرص على الصحة العامه [1].

ففى كل هذه الأمثله يستعين القاضى بالحكمه من النص لكى يستطيع أن يقف على المعنى الحقيقى له ، والتى تجعله منسجما مع الوقائع الإجتماعيه التى صدر ليعالجها .

ويجب على القاضى أن يفرق بين الحكمة التشريعيه والمناسبة التشريعيه للنص ، فمثلا القانون المقيد للحريات قد يصدر بمناسبه إضطراب داخلى ،

---

(١) أنظر د./ سمير تناغو - المرجع السابق ص ٩٠٦ .

بإعتبار أن هذا الأضطراب هو المناسبه التشريعيه لصدوره ، فإن هذه المناسبة لا يمكن أن تستخدم فى تحديد هدف ذلك التشريع ، فى حين أن الأساس العقلى يتكون من هذا التقيد ، ومن المعروف ان زوال الظرف التى أدى إلى سن التشريع لايؤثر مطلقا على قيمته القانونيه [١] .

فالأصوليون يفرقون بين المناسبه التى إقتضت نزول الحكم ، وبين سراياته بصفع عامه ومطلقه ، فلا إعتبار لخصوص السبب الذى جاء الحكم بناء عليه سواء كان السبب واقعه حدثت أم سؤالا [٢].

ويجب على القاضى أن يأخذ فى أعتباره تغير الحكمه مع الزمن ، فيجب عليه أن يبحث عن الأساس العقلى للنص وقت تفسيره ، إذ قد يحدث أن نظاما ضع لتحقيق غاية معينه يستهدف بعدها تحقيق غاية أخرى فالمحكمه التشريعيه من النص هى التي تبعث فى النص الحياه على الدوام طالما أنه قائم ، وهذا ما يكسب النص مع تطور الزمن معانى جديدة ، ليطبق على الحالات الجديده .

وعلى ذلك يمكن تفسير النصوص بحيث يؤائم مضمونها التغيرات التى تطرى على ظرف الحياه التى وضعت من أجلها تلك النصوص ، وقد أقرت محكمه النقض الفرنسية ذلك بقولها طالما النص القانونى والظروف متغيره فلا جرم على المحاكم ، إذا وائمت بين النص القائم والطروف الجديدة [٣].

---

(١) د./ عبد الحى حجازى - المرجع السابق ص ٥٢٢ .

(٢) الشيخ / عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه - دار القلم - الطبعة العاشرة سنة ١٩٧٢ ، ص ٢٢٣ ومابعدها .

(٣) - Cass . civil - 21 octobre 1925 . D.I. 12 - 2 .

المبحث الثانى :

مراعاة التنسيق بين النصوص

ومن العناصر الهامة بالنسبه للتفسير المنطقى ، والذى يجب أن يأخذها القاضى فى أعتباره ، والبحث الشامل لكل نظام ، إذا أنه لا توجد قاعدة قانونية مستقلة أو منفصلة عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى بل هناك ترابط وثيق بين القواعد القانونية ، بحيث لا يمكن أن نفهم نصا ما بمعزل عن النصوص الأخرى إذ أن معنى كل جزء يتضح من خلال علاقته بالأجزاء الأخرى للتنظيم وذلك لأن النص إما أن يكون متفرعا عن تلك النصوص أو إستثنائا منها أو تطبيقها لها . فكثيرا ما تبدو قاعدة فى ذاتها واسعة المدى ، ولكن عند ربطها بالنصوص الأخرى تصبح أضيق مما كانت تبدوا عليه ، وكذلك قد تبدو ضيقه المدى ، ولكنها تصبح أوسع مما كانت ظاهره عليه .

وهذا هو السبب فى أنه عند تعديل نصوص تشريعيه معينه ، فأن هذا التعديل يؤثر على معنى النصوص الموجوده السابقه على الرغم من أنه لم يلحقها أى تعديل ، بل قد يحدث أنه إذا صدر تشريع ما فأنه يؤثر فى تشريعات أخرى بما يضيق أو يوسع فى تطبيق نصوصها أو يأتى بما يقيد إحكامها ، حتى اذا لم يتضمن التشريع نصا صريحا بما يفيد هذا التأثير .

- كما يجب على القاضى أن يدرس القاعدة القانونية من حيث أصلها التاريخى ، ويدرس نموها وتطورها إذ أن هذه الدراسة تمكن القاضى من فهم النص فهما عميقا كاملا على أساس وضعه النهائى الذى إستقر عليه النص لحظة إجراء تفسيره [1] .

---

(١) د./ جميل الشرقاوى - المرجع السابق ص ٢٠٤ - د./ عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق ص ٢٤٩ .

وقد تكون الأصول التاريخية قريبة ومباشرة ، ومثال ذلك التشريعات التى ألغيت ومنها أيضا الشريعة الإسلامية ، بالنسبة للتشريعات التى أستمدت منها بعض الأنظمة كنظام الشفعة والميراث والوصية وقد تكون الأحوال التاريخية بعيدة ، ومثال ذلك القانون الرومانى اذا يعتبر الأصل التاريخى للتقنينات اللاتينية مثل التشريع الفرنسى والإيطالى والألمانى .

وقد كان أيضا القانون الفرنسى مصدرا تاريخيا للقانون المصرى القديم ، ولذا كثيرا ماكان يرجع القضاء المصرى الى ذلك القانون ليتفهم النصوص عند غموضها .

ومن التطبيقات القضائية بالرجوع الى المصدر التاريخى ماقضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الإستئناف المصرية من أن حق الشفعة لايورث ، فاذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة فلا يجوز لوارثه أن يطالب بها ، وقد رجع القضاء فى ذلك الى المصدر التاريخى للتشريع المصرى فى الشفعة ، وهو الشريعة الإسلامية ، واختيار الرأى الراجح فى المذهب الحنفى [١] .

كما قضت محكمة النقض بوجوب الرجوع الى الشريعة الإسلامية بوجه عام والى أرجع الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص بالنسبة الى حقوق الورثة فى التركة المدنية [٢] .

---

(١) ٣١ مايو سنة ١٩١ – المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ .
(٢) مجموعة محكمة النقض فى ٢٥ عاما – القاعدة رقم ١٢ ص ١٠٠٠ فى ١٧ / ٢ / ١٩٤٧ – طعن رقم ١١١ س ١٥ ق .

الفصل الثالث:

الإستعانة بالمبادئ العامة للقانون

تعتبر المبادئ العامة للقانون طريقة من طرق التفسير المنطقي التي يجب على القاضي أن يسلكها وهو بسبيل الفصل في نزاع ما ، وذلك اذ كان النص غامضاً ، حيث أنه يعود الى المبدأ القانوني العام الذي يعتبر هذا النص تطبيقا له وكذلك في حالة ما إذا كان النص المراد تطبيقة إستثناءاً من مبدأ عام .

وقد أحالت المادة الثالثة [1] من التقنين المدني الإيطالي ، القاضي على المبادئ العامة للقانون حينما لاتكون المشكلة محل النزاع منظمة بوضوح طبقا لنص محدد ، ولا يمكن الوصول الى حلها عن طريق القياس .

فالقانون الإيطالي يعتبر المبادئ العامة للقانون جزءاً من قانونه الوضعي ، ومن ثم يحيل اليها القاضي في حالة سكوت النص أو غموضه .

وفي فرنسا اعترف رئيس مجلس الدولة الفرنسي Pouffandeau ، بالمبادئ العامة للقانون مؤكدا وجود قواعد قانونية غير مقننه لها نفس قيمة التشريع ، وأنها تفرض نفسها على السلطة القضائية والتنفيذية باعتبارها لا تتعارض مع نصوص القانون الوضعي ، وهذه القواعد يكشف عنها

---

(1) J.RENAULD " Principe généraux du droit et equité " mel. W.J. GANSHOF (L.G.D. J) T . 1972 . P.
ART 3 . code Civil italainne " Il renvoyait le . juge aux principes généraux du droit lorsque la salution d'une question non expressement réglée par un texte determné ne pouvait etre decouverte par voie d'analgie à partir de texte réglant des cas similaires " .

القضاء فى أحكامه حينما يسببها على أساس قواعد العدالة ، حيث يقول [1] : -

" Nous estimons qu'il existe des régles de droit non écrites , ayant valeur legislative et qui, par suit, s'imposent ou pouvoir reglomentaire et à l'autorite admiinistrative , tant que , elles n'ont pas été contre-dite par une disposition de la loi positive . en realite , il s'agit d'une oeuvre constructive de la jurisprudence realisee . pour des motifs superieures d'equité afin d'assurer la sauvegard des droits individules des citoyens " .

فالمبادئ القانونية يمكن أن تمد يد العون للقاضى فى تقدير تطبيق القياس لنص ما ، وقد تساعده فى اعداد الحل القانونى اذا ماتضمنت القاعدة القانونية نقصا ما فى إعدادها ، ومن أمثلة ذلك عدم ذكر المشرع الفرنسى لمبدأ سرية الخطابات الموجهه للأغيار ، ومع ذلك أرست دائرة البحث [2] La chambre des requetes هذا المبدأ فى احدى أحكامها حيث استهلته بالآتى :

" A tendu , en droit , qui il est de principe que les lettres a dréssées à des tiers sont confidentielles " .

واعتبرت هذا المبدأ متعلقاً بالنظام العام ، وهذا هو ماقضت به المحكمة الدستورية العليا بحكمها الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٩٥ [3] ، حيث

---

(١) D.G. Lavreff " L'interpretation par les juges des regules ecrites " Travaux de l'associations H.CAPITANT . 1978 . P. 185 .

(٢) Req . 21 juillet 1862 . D. Jur . een . 1862 . I . 54 ,

(٣) - Cass civil , 30 mars , 1838 . D. Jur . gen . T.5 Mariage , n. 82 .

تقول فى حيثيات حكمها [١] « أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغوارا لايجوز النفاذ اليها ، ينبغى دوما - ولاعتبار مشروع - الا يقتحمها أحد ضمانا لسريتها ، وصونا لحرمتها ، منعا لمحاولة التلصص عليها أو اختلاس بعض جوانبها ، وبوجه خاص من خلال الوسائل العلمية الحديثة التى بلغ تطورها حدا مذهلا ، وكان لتنامى قدراتها على الأختراق أثرا بعيدا على الناس جميعهم حتى فى أدق شئونهم ، ومايتصل بملامح حياتهم بل وبياناتهم الشخصية التى غدا الإطلاع عليها وتجميعها نهبا لأعينها ولآذانها . وكثيرا ما ألحق النفاذ اليها الحرج أو الضرر بأصحابها . وهذه المناطق من خواص الحياة ودخائلها ، تصون مصلحتين قد تبدوان منفصلتين الا انهما متكاملتان ، ذلك أنهما تتعلقان بوجه عام بنطاق المسائل الشخصية التى ينبغى كتمانها ، وكذلك نطاق استقلال كل فرد ببعض قدراته الهامة التى اختار انماطها . وتبلور هذه المواقف جميعها التى يلوذ الفرد بها ، ومطمئنا لحرمتها ليهجع اليها بعيدا عن أشكال الرقابة وأدواتها - والحق فى أن تكون للحياة الخاصة تقومها بما يرعى الروابط الحميمة فى نطاقها . ولان كانت بعض الوثائق الدستورية لاتقرر هذا الحق بنص صريح فيها ، الا أن البعض يعتبره من أشمل الحقوق وأوسعها ، وهو كذلك أعماقها اتصالا بالقيم التى تدير اليها الأمم المتحضرة » .

ومن هذا الحكم يتضح لنا ترسيخ المحكمة الدستورية للمبدأ السابق ، واعتبارها من المبادئ الأساسية التى تدعوا اليها الأمم المتحضرة .

وكذلك الحال بالنسبة للقيمة القانونية لفترة الخطوبة " La valuer juridique des fiancailIers " حيث لم يتعرض لها المشرع الفرنسى وهو بصدد عقد الزواج ، مما دفع الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية [٢]

(١) الحكم الصادر فى الطعن رقم ٢٣ - س ١٦ ق . دستورية بتاريخ ١٨ / ٣ / ١٩٩٥ - منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٦ ابريل ١٩٩٥ .

(٢) Cass civil -30 mars , 1838 . D . jur . gen . T. 5 . Mariage , N° 82

الى الإعتراف بهذه القيمة ، ذلك من خلال احدى أحكامها حيث قضت بأن أى وعد بالزواج يكون باطلا فى ذاته ، باعتباره مضراً بالحرية المطلقة التى يجب أن ينبى عليها عقد الزواج و اعتبرت هذا المبدأ متعلقا بالنظام العـــام ، وذلك بقولها الآتى : -

" Toute promesse de marige est nulle en soi , comme partant atteiente a la liberté illimetée qui doit exister dant le mariages " .

وقد أرست محكمة النقض المصرية [1] هذا المبدأ بحكمها الصادر فى ١٩٣٩/١٢/١٤ ، حيث جاء فى حيثيات حكمها الآتى : « **إن الخطبة ليست الا تمهيدا لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لايقيد أحدا من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، وخصوصا وأنه يجب فى هذا العقد آن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع** » .

فمن خلال هذا الحكم يتضح أن القضاء قد قدر القيمة القانونية لفترة الخطوبة وجعلها عديمة القيمة ، وذلك لعدم تقييدها لحرية الطرفين فى الإنصراف عن اتمام الزواج .

وفيما يتعلق بالاثراء ، فان محكمة النقض الفرنسية [2] قد استندت على مبدأ الإنصاف الذى يمنع الإثراء على حساب الغير حيث نصت فى احدى أحكامها بالآتى :-

---

(١) نقض ١٤ / ١٢ / ١٩٣٩ - مجموعة النقض فى ٢٥ عاماً - الجزء الأول - ص ١٨ - قاعدة ١٠ .

(٢) - cass Req . 15 Juin 1892 . D . 1892 . I. 596 .

" Attendu que cette action derivant du principe d'equité que défend d'enrichir aux dépens d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois son exercice n'est soumis à aucune condition determinée " .

وأن محكمة النقض المصرية [1] قد استندت في بداية الأمر على قواعد العدالة ، وذلك لمنع الإثراء على حساب الغير دون مبرر ، ثم بعد ذلك ردت هذه النظرية الى قواعد المسؤلية الواردة بالمادة الخامسة من القانون المدنى المصرى .

وفى مواجهة الشرط الذى يتعلق بعدم جواز التصرف لمدى الحياة ، لجأت محكمة النقض الفرنسية الى مبدأ حرية انتقال الأموال " La principe de la libre circulations des biens " وذلك لتحريم مثل هذا الشرط .

وقد يقوم القاضى بعمل اختيار بين مبدأ وآخر من المبادئ العامة للقانون ، ويحاول تغليب احداهما على الآخر ، كما هو الحال بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية والتى يبرمها الوارث الظاهر - اذ أن هناك مبدأين متناقضين يتعلقان بهذا النوع من التصرفات ، احداهما يستمد من فكرة الأمن القانونى " L'idee de securite juridique " وهو " Error communis facit jus " ، والآخر عقلانى Rationnel " وهو " Nemo Plus juris " - حيث غلبت محكمة النقض الفرنسية [2] فكرة الأمن القانونى وذلك بحكمها الصادر فى ٧ مارس سنة ١٨٦٠ وهذا هو نفس الأساس الذى استند اليه القضاء المصرى [3]

(١) نقض ٢٨ / ١٢ / ١٩٦٧ - م - ١٨ - ١٩٤٣ ، نقض ٢١ / ١٢ / ١٩٤٤ - م - ٤٢ - ١٠٢٢ .

(٢) - Cass Req 7 mars 1860 - D . 1860 . I . 153 .

(٣) نقض مدنى ٢٠ / ٤ / ١٩٥٠ - مجموعة النقض المدنية - قاعدة ٤٣ - ص ١١١ .

بصدد التصرفات التى يبرمها الوارث الظاهر ، مغلبا مبدأ حسن نية الغير الذى تعاقد مع الوارث الظاهر .

- وبصدد الهبات " Les donations " التى تتحقق عن طريق توقيعات تفيد الإقرار بالدين ، فان مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين

" Le principe de l'égalite entre créancieres chirographaires "

يؤدى الى خضوع الموهوب لهم لقاعدة تزاحم الدائنين ، ولكن مبدأ تعذر تغير الهبات " Le principe de l'irrevocabilté des donations " بغرض الحل الذى وفقا له يجب احترام نظام الهبات [١] .

ويجب على القاضى أن يبتعد عن العقلانية الرياضية التى كانت تسيطر عليه فى ظل مدرسة الشرح على المتون وهو بصدد تطبيقة للمبادئ العامة للقانون ، بحيث يصل الى النتيجة المعقولة [٢] . ومن الأمثلة التى توضح ذلك تلك النتائج المعتدلة التى تستمد من أحكام القضاء الفرنسى وذلك فيما يتعلق بشرط عدم جواز التصرف منها : -

ان الشرط يكون صحيحا اذا كان عدم جاز التصرف مؤقتا ، أو اذا كانت تبرره مصلحة حقيقية [٣] .

ويرى Boulanger [٤] أن القاضى يلعب دورا كبيرا بصدد المبادئ العامه للقانون اذ يقول : -

(١) - Req . 7 mars 1860 . D . 1860 . I. 153 .

(٢) J . BOUNAGER " Principes généraux de droit positif " études RIPART, 1975 . I. P. 66 .

(٣) - J. BOUNAGER . Op. cit . P. 66 . Il dit que " La clause est validée si l'inalinabilité est temporairs si elle est justifiée par un intéret serieux " .

(٤) - J.BOUNAGER . Op. cit . P. 67 .

إنه لايجب الاستهانة بدور القضاء وذلك بالقول بأنه لايمتلك سلطة خلاقة بصدد هذه المبادئ ، وأنها توجد ولو لم يكن لها صدى فى نصوص القانون ، وأن دوره ينحصر فى توضيحها دون خلقها ، حيث أن الإعلان عن مبدأ غير مكتوب يعد دليلا على روح التشريع ، فالقضاء يكمل عمل المشرع الذى لايمكن أن يتصف بالكمال لتعلق صفة الإنسانية به - فهو لايتردد عند اللزوم ، عن تخفيف حدة الشروط الخاصة بمبدأ من هذه المبادئ ، أو تجنب الأضرار العملية التى تنتج عن تطبيقها ، فالشعور بالخوف كان يتملكه أثناء سريان قانون نابليون ، وذلك لأنه كان يشعر بتجاوز حدود سلطته اذا استبعد المبادئ التى كان قد تبناها المشرع صراحة أو ضمنا ، باعتبار أنها قديمة ومهجوره ، وكذلك الحال اذا وضع مبادئ جديدة مناقضة للمبادئ الذى وضعها المشرع ولو كان مبنى ذلك أسباب قوية تدعمه - ويمكننا تأكيد ذلك بالتصدى للتناقض المحتوم والتى توحي به المسئولية عن فعل الأشياء ، اذ أن المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى والمقابلة للمادة ١٦٣ مدنى مصرى قد وضعت المبدأ الأساسى للمسئولية التى وفقا له يسأل الإنسان عن الخسارة التى يسببها بخطأه ، ولكن لاتقبل دعوى التعويض عن الخسارة الا اذا كان خطأ المدعى عليه قد وقع . وهنا دعى الفقه والقضاء ليضع مبدأ المسئولية القائم على فكرة الخطر وذلك استنادا الى نص المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى (المقابلة للمادة ١٧٦ مدنى مصرى).

من كل ماسبق يتضح لنا أن المبادئ العامة للقانون تعتبر وسيلة هامة يستطيع القاضى الإعتماد عليها وهو بصدد تحقيقه للعدالة ، اذ أن هناك الكثير من المبادئ العامة التى تخدمه فى هذا البحث ، منها ماهو ذو طابع سياسيى مثل مبدأ السيادة للشعب ، ومبدأ المساواة أمام القانون ، ومنها

ماهو ذو طابع اقتصادى مثل مبدأ حماية الملكية الخاصة ، ومنها ماهو ذو طابع قانونى اجتماعى مثل مبدأ سريان القانون بأثر فورى ، ومبدأ عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقانون ، ومبدأ الغلط الشائع يجرى مجرى القانون ، ومنها ماهو ذو طابع أخلاقى مثل لا تركة الا بعد سداد الديون [1] .

---

(١) د./ عبد الحى حجازى - المرجع السابق ص ٤٩٥ ومابعدها .

الفصل الرابع:

الإستعانة بالمصادر الإحتياطية للقانون

ان هناك العديد من المصادر الإحتياطية للقانون والتى تمد يد العون للقاضى وهو بصدد الفصل فى المنازعات التى تعرض عليه ، فالى جواد التشريع والدستور توجد مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، والقانون المقارن ومبادئ التشريع الإسلامي ، ولذلك سنعرض لكيفية استفادة القاضى من كل مصدر من هذه المصادر من خلال ثلاثة مطالب : -

المطلب الأول : الاستعانة بالقانون الطبيعى وقواعد العدالة .

المطلب الثانى : الاستعانة بالقانون المقارن .

المطلب الثالث : الإستعانة بمبادئ الشريعة الإسلامية .

المبحث الأول:

الإستعانة بالقانون الطبيعى وقواعد العدالة

إذا لم يجد القاضى نصا أو عرفا يحكم النزاع الذى يعرض عليه فانه يرجع الى القانون الطبيعى وقواعد العدالة ليستقى منها الحكم الذى يحقق العدالة بالنسبة لهذه المنازعة . وقد أحال المشرع المصرى القاضى الى هذه المصادر بنص المادة الأولى من القانون المدنى ، وكذلك المشرع الفرنسى حيث يستقى هذا من نص المادة الرابعة من القانون المدنى .

فقد يرجع القاضى الى القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وهذا ماسنعرض له من خلال الفروع الآتية : -

المطلب الأول:

تعريف القانون الطبيعى

يتمثل القانون الطبيعى فى مجموعة القواعد التى تحكم السلوك الإجتماعى للإنسان ، والتى لاتمت بصلة الى التقاليد والعادات أو نصوص التشريع ، وانما مصدرها الإلهام الفطرى السليم والإدراك العقلى الصائب ، فهو قانن ثابت لايتغير من حيث الزمان أ المكان ، ولكن يستطيع أن يكشف عنه الإنسان بالعقل السليم [1] .

وبعد سقوط الإمبراطورية الرومانية فى الغرب وإتساع نفوذ الكنيسة

---

(1) - M.Villy " Philosophie du droit " 2éme éd . 1984 . Dalloz . P. 86 et s.W. Maihofer " Le droit natural comme depass- ment du droit postif " A.P.d. 1963 . T.8 . P. 177 .

فى هذه الفترة من الزمن إصطبغت فكرة القانون الطبيعى بصبغة دينية عند أغلب فلاسفة القرون الوسطى ، وأصبح القانون الطبيعى هو ذلك القانون الإلهى الأزلى ، وأنه من صنع الله باعتباره خالق الطبيعة ، وإنه يسمو بذلك على القانون الوضعى .

حيث يرى **أرسطو** ، **وسان توماس** أن مجموعة القواعد التى تضعها الدولة ، فى مجتمع معين ، تخضع لقانون ثابت وعام لأنها تؤسس على الطبيعة والعقل ، ولكن يختلف المحتوى عند كليهما ، اذ أن محتواه عند سان توماس محتوي ديني بحت ، أي من عند الله ، أما بالنسبة لأرسطو ، فقد إعتبر أن المجتمع عبارة عن ظاهرة إجتماعية ، وأن القانون الطبيعى لايدل على الاخلاق الا بناءً على القانون الذى يؤسس على الملاحظة العملية والعادلة لهذه الظاهرة [1] .

وبعد زوال وحدة الدولة فى أوربا ، وبزوال الأمبراطورية الرومانية وتصدع وحدة المجتمع المتمثلة فى الكنيسة الكاثوليكية ، حيث ضعفت سلطة البابا إثر انشقاق البروتوسبانت عليه ، وعدم رضوخهم لأوامره ، ازدهرت فكرة القانون الطبيعى ازدهارا كبيرا خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، ويعزى ذلك الى تكوين الدولة الأوربية بشكلها الحديث ، ونمو العلاقات بينها وبين ما إستلزمة تفكك الكنيسة والدولة الرومانية من البحث عن قواعد تحكم العلاقات ذات التطور المستمر . ومن ثم كان مفاد ذلك الرجوع فى حكم تلك العلاقات الى قواعد القانون الطبيعى .

بيد أن مذهب القانون الطبيعى بدأ ينهار إثرى الإنتقادات التى وجهت اليه ، وآهمها تضمنه شيئا من التناقض لقوله بأن قواعد هذا القانون هي

(١) - Encyclopedie juridique du droit civil , T. 5 , 1972 . P.2 et s .

قواعد أزليه عامه ثابتة فى الزمان والمكان مع قوله فى ذات الوقت أن عقل الإنسان وتفكيره هو الذى يكشف عن هذه القواعد ، مع أن تفكير الإنسان يختلف فى طريقتة من شخص الى آخر ، كما يختلف باختلاف الزمان والمكان ، وكان من نتيجة تلك الإنتقادات بروز فكرة جديدة - لاتخرج عن مفهوم القانون الطبيعى ولكنها تنصب على تطوير فكرته وسمى هذا المذهب « القانون الطبيعى ذو الحدود المتغيرة » .

وتعنى هذه الفكرة بأنه اذا كان العدل فى ذاته ثابت لايتغير ، فان التعبير عنه يمكن أن يتغير من وقت لآخر ، بل أن اختلاف التعبير عنه ضرورة يقتضيها القانون الطبيعى ذاته ، فلكل شعب نظام الحكم الذى يناسبه ، ولا يوجد نظام أفضل من غيره من النظم بالنسبة لجميع الشعوب ، وبقدر مايكون شكل الحكم مناسبا للشعب ، وبقدر ماتكون القوانين ملائمة للظروف التى صدرت فيها ، بقدر ماتكون فكرة العدل قد وجدت صداها فى الواقع ، وهذه القوانين المتغيرة الملائمة تستحق بأن توصف بأنها قوانين طبيعية أى مستمدة من طبيعة الأشياء ، ولا تعارض بين أن يكون الشئ طبيعيا أو متغيرا [1] .

ففكرة القانون الطبيعى ثابته لاتتغير ، ولكن تتغير وسيلة التعبير عنه ، وهو التشريع الوضعى ، الذى لايفترض أنه يعبر بصورة ما عن مضمون القانون الطبيعى .

فهذا القانون يستنتج على سبيل المثال من مجموع العلاقات

---

(١) د./ سمير تناغو - المرجع السابق ص ١٣٩ ومابعدها .

الإجتماعية الذى يخضع لها وجود الإنسان وذلك عند ماركس ، ويستنتج من مجموعة العلاقات التى تنظم حياته عند سارتر (١) .

قد وجد صدى لفكرة القانون الطبيعى فى مذهب المعتزلة فى الفقه الإسلامى (٢) ، حيث أنهم يذهبون الى أن العقل هو الذى يحكم على الأفعال بالحسن والقبح ، وهذا يعنى أن مصدر القانون هو العقل لا المشرع فهم يقولون اذا بقانون العقل أى بالقانون الطبيعى ولا حاجة بنا الى مشرع حتى ولو كان هذا المشرع هو الله .

ويقولون بأن فكرة القانون الطبيعى تتضح من خلال إستخدام الإستحسان فى فقه المعاملات حيث أنه يعنى إستنباط الأحكام بطريقة ترجيح القياس الخفى على القياس الجلى بما يطمئن اليه قلب المجتهد من المرجحات دفعا للحرج الذى يحققه الحكم المستخلص عن طريق هذا القياس الجلى فيعدل عنه الى مذهب آخر عن طريق القياس الخفى يكون أرفق بالناس وأقرب للعدل الحسنى ، وهكذا يؤدى الإستحسان الى فكرة القانون الطبيعى ، بمعنى أنه القانون العادل الذى يجب أن يتغياه كل قانون وضعى .

وقد تضمنت الشريعة الإسلامية العديد من الأصول الكلية التى تنطوى على المبادئ التى يقوم عليها القانون الطبيعى مثل مبدأ ضمان الحريات الشخصية ، ومبدأ المساواة العامة ، ومبدأ المسئولية الشخصية ، ومبدأ الشورى ، ومبدأ التضامن الإجتماعى ، وتحريم الإضرار بالذات أو بالغير ..... الخ .

---

(١) - W. MAIHEFER op. cit . P. 179 .

(٢) أنظر د./ محمد أبو زهره - أصول الفقه - القاهرة سنة ١٩٥٧ ص ٦٧ ومابعدها - الشيخ / عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق ، ص ١٠٦ ومابعدها .

المطلب الثانى:

تعريف العدالـــــــة

العدالة هي شعور غريزى يدفع الى إختيار أفضل الحلول ، وأكثرها إتفاقا مع النظام القانونى القائم ، فهى تلك القواعد القائمة الى جانب قواعد القانون الوضعى والمؤسسة على وحى العقل والنظر السليم وروح العدل الطبيعى بين الناس ، والتى ترمى الى تعديل قواعد القانون أو الحلول مكانها .

وتتميز العدالة بأن قوتها لاتسند الى هيئة حاكمة أو سلطة تشريعية ، وانما تستند الى طبيعة مبادئها واالى سلامتها من حيث اتفاقها مع العقل والعدل والأخلاق ، وهى بوجه عام روح القوانين فى نصوصها ومضمونها ، ومن ثم فانه يتعين على القاضى أن يتوخاها ويعمل على تحقيقها إذا لم يكن هناك نص قانونى ، أو شابه غموض بحيث أصبح صبعا على القاضى تحقيق العداله من خلاله [1] .

وقد فرق أرسطو بين نوعين من العدالة ، العدل التوزيعى (العدل بالمعنى العام) ، والعدل التبادلى (العدل بالمعنى الخاص) [2] .

- ويقصد **بالعداله التوزيعية** : (العدل بالمعنى العام) المساواة بين الأفراد فى توزيع ثروات المجتمع عليهم بلا تفرقه فيما بينهم من حيث مركز كل فرد ووظيفته أو أى اعتبار آخر .

---

(١) د./ محمد جمال الدين زكى - دروس فى مقدمة الدراسات القانونية - بدون تاريخ - دار النهضة العربية - ص ٢٤٠ .

(٢) أنظر د./ محمد الشقنقيرى - مذكرات فى فلسفة القانون الطبيعى لأرسطو - طلبة الدراسات العليا - بدلوم القانون الخاص سنة ١٩٨٧ - عين شمس .
د./ سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص ١٤١ .

أما العدل التبادلى فيعنى به المساواة الحسابية بين الأفراد ، بحيث يحصل كل فرد على مايستحق فعلا ، فاذا تسبب عمل أو تصرف فى خسارة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص ، فان العدل التبادلى يقتضى أن يقوم الشخص الذى تسبب فى الخسارة أو استفاد منها بأن يرد للطرف الآخر ما يعادل هذه الخسارة ، بحيث يصبح كلا من الشخصين بعد حدوث هذا التصرف فى نفس المركز الذى كان عليه من قبل .

- فالعـــدل العام [١] يعنى وفقا لأرسطو تطبيق القانون بصفة عامة ومجردة على الحالات الخاصة التى تعرض أمامه ، على إعتبار أن عمومية القانن وتجريده تعنى مساواة الناس أمام القانون باعتبار أن القانون هو « العقل مجرد من العاطفة » .

- **أما العدل بالمعنى الخاص فيقصد به أرسطوا " L'equite "** ، **ويقصد بذلك الإنصاف ، وهو مايتحقق فى حالتين : -**

أولا : حالة نقص التشريع ، حيث يتعين على القاضى أن يقم بتكملة هذا النقص إيجاد حل للنزاع يعثر عليه بمجهوده الشخصى .

والثانية : حينما لايوجد نقص فى التشريع ، ولكن القاضى لايطبق القاعدة العامة تطبيقا حرفيا ، بل يراعى المرونة فى تطبيقها مراعاة للظروف الخاصة بالنزاع . ولكن ماهو المقصود بالانصاف من الناحية الفلسفية والقانونية ؟

---

(١) د./ سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص ١٥٣ .

- لقد اختلف الفلاسفة (١) حول المقصود بالإنصاف ، اذ أنها تعنى عند Ciceron فضيلة طبيعية " un vertu natural " ، وعند Saintohmas D'aquin ، فضيلة ذات طابع دينى ، وعند Domat تعتبر مبدأ من مبادئ القانون الطبيعى ، وعند Savigny تعتبر مبدأ أخلاقيا من المبادئ العامة للقانون .

- أما من وجهة النظر القانونية ، فيقصد بها ، اما تفويض القانون ، أو تطويعه ، أو الحكم بغيره من القواعد فى حالة سكوته عن حل النزاع المعروض على القاضى ، ولذلك سنعرض لهذه المعانى تباعاً .

١ - العدالة بالمفهوم الأول : " L'equité Subversive " تعنى عند أرسطو هدم وتقويض القانون القائم ، اذ أنها فى هذه الحالة تصحح العدالة بالمفهوم العام اذا كان تطبيقها فى حالة فرديه - سيؤدى الى نتائج ظالمة بالتطبيق للمعنى العام للقانون (٢) ، ولذلك فانها بهذا المعنى تتعلق بالحالات الفردية ، مما يعنى تغير معناها وفقا لظروف كل حالة على حده ، ومن ثم لايمكن أن يكون لها قواعد تنظمها .

والعدالة بهذا المعنى لاتطبق فى فرنسا أو فى مصر حتى الوقت الحالى ، وذلك لعدم وجود نص قانونى يجيز للقاضى انكار القانون لأسباب تتعلق بالعدالة ، ولهذا اذا أصدر القاضى حكمه بالإستناد الى

---

(١) - Encyolopedie juridique - droit civil - 2éme éd .T.5 P.1 et s
" L'équité " . dalloz " La équité est une justice meilleure , La quelle corrige la justice Légale quand elle aboutit . dans un cas particulier à des resultats injustice , par suit des termes generé aux d'une loi qui n'a pas tout prevu .

(٢) - Cass Civil , 16 mars 1937 , s . 1937 I . 184, J.C.P. 1948 II . 4229 .

قواعد العدالة فانه يخضع لرقابة محكمة النقض [١] .

٢ - والعدالة بالمفهوم الثانى " L'equite suppletive " ، يقصد بها أرسطو ، توفيق القانون على الحالات الفردية ، وهنا لايتجنب القاضى القانون ، وانما يفسره بما يتوافق مع هذه الحالات .

ويرى " Portalis "[٢] أن العدالة بهذا المعنى تتناقض مع فكرة احتدام المشرع ، وتمتزج بالسلطة الخلاقة للقضاء ، اذ يقول " أن العدالة بالمعنى الخاص هى التى تكمل القوانين منذ نشأتها ، وبدونها تصبح وظيفة القاضى فى الكثير من الحالات عقيمة ، اذ لكى تسير حركة المجتمع لابد أن يكون للقاضى حق تفسير القوانين وتكملتها .

وأن المشروع الأول للقانون المدنى الفرنسى قد أخذ بهذه الفكرة فى مادته السادسة ، حيث كانت تقضى بأن القاضى خادماً للعدالة فى المواد المدنية ، وذلك فى حالة نقص القوانين ، واستقرت هذه الفكرة نفسها بالمادة الرابعة من هذا التقنين ، ولكن بمعنى آخر يؤدى الى نفس النتيجة ، وذلك بقولها أن القاضى الذى ينكر العدالة بدعوى نقض القانون أو عدم كفايته يعتبر مرتبا لجريمة انكار العدالة .

ونحن نري أن هذا المعنى يجب أن يهجر ، لأنه معنى واسع ويؤدى الى إطلاق سلطة القاضى ، وينظر اليها بمعنى ضيق بحيث لايلجأ اليها القاضى

---

(١) - Cass civil , 16 mars 1937 . s. 1937 . 1 . 184 ; cass . soc . 22 janv. 1948 J.C.P. 1948 T. 2 . 4229 .

(٢) - PORTALIS - Eneuyclopedie juridique , 2éme éd - Dalloz - 1993 , T.5. P. 19 .

الا حينما يحيله القانون صراحة أو ضمناً مثل المادة الأولي من القانون المدنى المصرى ، والمادة الرابعة من القانون المدنى الفرنسى والمادة الأولى من القانون المدنى السويسرى .

٣ - ومفهوم العدالة بالمعنى الثالث " L'équité superieure " يعنى عند أرسطوا المساواة " L'égalite " . وفى هذه الحالة يمكن النظر اليها باعتبارها تبريراً لقاعدة عامة وهذا مايؤدى الى اختلاط معناها بهذا المفهوم مع مفهوم العدالة بالمعنى العام " La justice " ، اذ انها تصبح أساس وجوهر القانون وذلك لأن أى قاعدة قانونية يجب أن تحمل صفة العدالة وتحقق المساواة أو على الأقل تتجه الى تحقيق هذه الأفكار .

- ويرى أرسطو أن العدالة بمعانيها المختلفة ، تتميز بصفات ثلاثه :

الأولى : صفة حدسيه " Le Carractire Intuitif "

والعدالة بهذه الصفة تستند اما الى القانون الطبيعى ، واما الى العقل ، اما الى الأخلاق ، ولهذا فان القاضى لايصل اليها الا عن طريق الحدس ، اذ أنها بهذه الصفة تعبر عن رد فعل فطرى أمام المشاكل الانسانية .

وقد عبر عن هذا المعنى أهرنج بقوله أنها تماثل بهذه الصفة تدخل فى التطور المنطقى للقانون [١] .

ونستنتج من ذلك أن القاضى فى هذه الحالة يستثنى العدالة بالإدراك الحدسى ، وذلك اما بالرجوع الى القانون الطبيعي واما باستخدام عقله واما بالرجوع الى اخلاق المجتمع الذى تتولد فيه المنازعة .

(١) - Encyclepedie juridique 2eme ed , 1993 , Dalloz T.5 P.1 .

الثانية : صفة تحكمية : Le caractere arbitraire

وهنا كما يقول أرسطو ، تأخذ كلمة الإنصاف مفهوم تعسفى ، اذ أنها تتوقف هنا على ارادة الحاكم ، ومايصدره من أحكام ، وتأخذ العدالة بهذه الصفة أشكالا تحكميه ، قد تكون غير مقبوله مثل خطابات التهديد التى كانت تحمل توبيخا من ملوك فرنسا الى القضاه ، وقد تكن مقبوله مثل حق العفو الذى كان يصدره هؤلاء الملوك ، والتى ورثها عنهم رئيس الدولة والعدالة بهذا المعنى غالبا ماتأتى بحلول غير ملائمة ، وهذا د مايضفى عليها الصفة التحكمية .

الثالثة : صفة تصالحية أو توفيقية

" Le caracteure conciliateur "

والعدالة بهذا المعنى ، كما يقول أرسطو ، تعتبر وسيلة للتوفيق بين الخصوم ، والوصول بالنزاع الى نهايته ، فهى تسمح للقاضى بأن يوفق ويلائم بين القانون والظروف الأجتماعية المتغيرة ، وأن يضع فى اعتباره الظروف الخاصة بكل قضية أو بكل حالة على حده . فأرسطو يمثل الانصاف بهذا المعنى بالمقياس المرن الذى يستطيع أن يتوافق ويتجانس مع شكل الشئ المراد قياسة مهما كان هذا الشكل مرنا أومنحنيا .

---

(١) د./ محمد الشقنقيرى « محاضرات فى فلسفة القانون » - دبلوم القانون الخاص - جامعة عين شمس سنة ١٩٩٤ - ١٩٩٥ - ص ١٥٩ .

المطلب الثالث:

استعانة القضاء بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة

لقد رجعت المحاكم الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة وطبقتهما في أحوال مختلفة لم يوجد بصددها نص يمكن تطبيقه على النزاع ، استمرار الحل الناتج ساريا في المحاكم تتلقاه المحاكم احدة تلو الأخرى ، فعلى سبيل المثـال ، رجع القضاء الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة فيما يتعلق بالأتي : -

١ - فيما يتعلق بالتعسف في إستعمال الحق ، فقد كانت الفكرة الأصلية هي المسؤلية « أن من يستعمل حقا لا يسأل عما يسببه إستعمال هذا الحق من ضرر للغير ، فالمالك لايسأل اذا أقام جداد في ملكه يحجب به النور عن جاره ولو لم تكن له فائده شخصية في إقامة هذا الجدار ، ورب العمل اذا استعمل حقه في فصل العامل لايسأل عما يصيب العامل من ضرر بسبب هذا الفصل ولو كان الفصل في وقت غير لائق ، والشخص اذا استعمل حقه في التقاضي لايسأل عما يسببه لخصمه من أضرار بسبب ذلك لو ثبت أنه لم يكن يبغي تحقيق أي مصلحة له من هذا التقاضي ، فلجأت المحاكم أول الأمر الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة لتقييد الحقوق بالغرض الإجتماعي الذي وجدت من أجله واعتبرت استعمال الحق في غير هذا الفرض اسائه استعمال له تستوجب مسؤلية فاعلة عن التعويض ، وقد توسع القضاء في تطبيق هذه النظرية ، مستندا في ذلك الى قواعد العدالة ، ومن أحكامه في هذا الصدد مايلي : -

- ماقضت به محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/١٢/١٥ [١] ، حيث جاء فى حيثيات حكمها مايلى « الأصل أنه لاجناح على من يستعمل حقه استعمالاً مشروعا ، فلا يكون من ثم مسؤلا عما ينشأ عن ذلك من ضرر بغيره على نحو مانصت عليه المادة الرابعة من القانون المدنى - وما أوردته المادة التالية لها من قيد على هذا الأصل ، اعمالا لنظرية اساءة استعمال الحق - متمثلا فى أحد معايير ثلاثة يجمع بينهما ضابط مشترك هو نية الإضرار سواء فى صورة تعمد الاساءة الى الغير دون نفع يعود علي صاحب الحق من استعماله أو فى صورة استهانة بما يحيق بذلك الغير من ضرر جسيم تحقيقا لنفع يسير يجنيه صاحب الحق بحيث لايكاد يلحقه ضررا من الاستغناء عنه » .

وما قضت به فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢٩ [٢] من أن حـق الالتجاء الى القضاء وان كان من الحقوق العامة التى تثبت للناس كافه ، الا أنه لايسوغ لمن يباشرها هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير والا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التى تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق » .

وما قضت به فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٢/٦/٢٦ [٣] من أن حق الإلتجاء الى القضاء وان كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة الا أنه لايسوغ لمن يباشر هذا الحق الإنحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير ، فاذا تبين أن المدعى كان مبطلا فى دعواه ولم يقصد الا مضارة خصمه والنكاية به ، فانه لايكون قد باشر حقا

---

(١) نقض ١٥ / ١٢ / ١٩٧٩ - الطعن رقم ١٣٣٧ س ٤٧ ق - مجموعة أحكام النقض .
(٢) نقض ٢٨ / ١٢ / ١٩٦٧ - م - ١٨ - ١٩٤٣ .
(٣) نقض ٢٦ / ٦ / ١٩٧٢ - م - ٢٣ - ٩٥٣ .

مقررا فى القانون بل يكون عمله خطأ ويحق مساءلته عن تعويض الأضرار التى تلحق الغير بسبب اساءة استعمال هذا الحق .

١- فكل هذه الأحكام تقيم التعسف فى استعمال الحق بالإستناد الى مبادئ العدالة ، على الرغم من أن هذه النظرية قد ردت الى قواعد المسئولية فى القانون المدنى المصرى والفرنسى .

٢ - وفيما يتعلق بموضوع الشعفة ، نلاحظ أن المشرع الفرنسى قد أحال القاضى صراحة الى القانون الطبيعى وقواعد العدالة بمقتضى نص المادة ٥٦٥ [١] ، وذلك حينما ينصب موضوع الشفعة على منقولين مملوكين لشخصين مختلفين .

وفيما يتعلق بموضوع العقد :

نلاحظ أن الفلاسفة منذ القدم قد تنبهوا الى هذا الأساس الأخلاقى الذى يقوم عليه العقد ، فنجد أرسطو على سبيل المثال يقرر ذلك بوضوح فى كتابه الأخلاق ، حيث يقول : [٢]« ..... أن العدالة تتدخل بالتعديل وصولا الي تساوى كفتى الميزان ، فالعدالة لها مفهوم التوازن ، وهى مرغوبة فى العقود بحيث ينال كل طرف حقه ، وبذلك نتلافى وجود طرف مغبون . ومن قبيل الغبن فى العقود والمبادلات وفقا للفلسفة القديمة مبادلة تسع بيضات بما قيمته مائة بيضه ، واستبدال درع ذهبى بدرع برونزى فنكون فى هذه الحالة بصدد مبادلة ملؤها الغبن ، وفى كل الحالات يفترض

(١) ART 565 code . civil francais . 1992 - 1993 . Dalloz . P. 429 .

(٢) أنظر د./ محمد على الخطيب « سلطة القاضى فى تعديل العقد فى القانون اليمنى والمصرى والفقه الإسلامى » - رسالة دكتوراه سنة ١٩٩٢ - جامعة عين شمس - ص ١٢١ .

فى الغبن أن يكون بغير ارادة الطرف المغبون » .

وعبر عن ذلك أيضاً افلاطون بقوله[1] : « .... أن القانون يفرض أن يكون السعر عادلا ، ولذلك على التاجر أن لايغالى فى أرباحه وأن يكون هناك تناسب بين نفقاته وأرباحه ، ذلك أن العقد فى رأيه يعبر عن العدالة الطبيعية ، بل وسيلة تحقق الوفاء بحاجات الأفراد ، بل ويظل محكوما بالغرض منه وأن يرعى المصلحة العامة ، وبهذا اشكل يصبح للعقد قوته الإلزاميه .

- وفيما يتعلق بالعصر الحديث ، نجد أن المشرع الفرنسي قد أحال القاضى بموجب المادة ١١٢٥[2] مدنى فرنسى الى قواعد العدالة ، تقديرا منه بأن مضمون العقود لاينصب فقط على ماتحمله المشارطات بين دفتيها ، بل أنه يتضح أيضا من خلال العدالة .

وقد أيد الفقه الفرنسى هذا النوع من الإحالة ، اذ أن البعض منه [3] قد علق على ذلك بقوله « أن العدالة كمفهوم فلسفى مجرد ، تقتضى وجود تلاؤم فى العقود المستمرة بين الأداء العقدى والظروف المتغيرة ، فاذا أدى تغير الظروف الى أن يصبح تنفيذ الآداء غير عادل ، جاز للقاضى ، أن يتدخل لتعديل العقد بالصورة التى تضمن للمدين تنفيذا عادلا لايشوبه

---

(١) محمد على الخطيب - المرجع السابق - ص ٤٢١ .

(٢) ART . 1135 code civil - P. 11 ; cass com 25 janv 1972 D . P. 423 .

(٣) Stoya NOVITCH " De l'intervention du juge dans le contrat , thése - Aix . P. 227 .

الإجحاف كما يرى هذا الفريق من الفقه [1] «أن العدالة هى فوق الأرادة ، وأن العدالة هى الغاية التى من أجلها منحت الحرية للأفراد والسيادة للحكومات ، إذ أن الإرادة ماهى الا أداة لخدمة العدالة ، والتشريع وأعمال السلطة والعقود نفسها ، ليست الا وسائل غايتها إقامة العدل ، والعقد يفتَرض أنه مطابق للعدل ، لأنه أبرم بحرية ، وهذه القرينة تقضى بقيام الدليل العكسى » .

وتجدر الإشارة الى أن الفقيه الفرنسى بوتينيه " Pothier " [2] كان غاية فى الوضوح وهو بصدد تعبيره عن العدالة كأساس للعقود ، حيث جاء فى كتاب الإلتزامات قوله « ينبغى أن تسود العدالة الإتفاقات ، وتبعا لذلك ففى العقود التى فيها مصلحة متبادلة للطرفين ، وحيث يعطى أحد المتعاقدين للآخر شيئا ، أو يقوم بعمل شئ ليحصل على مقابل كثمن لما أعطى ، أو لما عمل ، ويكفى أن يلحق الغبن أحد المتعاقدين ، وهذا الغبن بذاته كاف لكى يعيب العقد حتى لو لم يقم الطرف الآخر بأية حيله من الحيل ليوقعه فى غلط ، واختلال التعادل بين الآداءات فى هذا النوع من العقود بما يمثله من غبن لأحد المتعاقدين ، يعتبر فى حد ذاته عيبا فى العقد مستقلا عن عيوب الرضا ، وما ذلك فى رأى هذا الفقيه ، الا لأن العدالة فى المعاملات ، انما هى المساواة ، فاذا لم تراع هذه المساواة ، وأعطى أحد المتعاقدين أكثر مما أخذ ، صار العقد معيباً لأنه بذلك ينحرف عن العدالة التى ينبغى أن تسود فيه » .

---

(١) لويس لكا - الغبن والعقد - اشار اليه د./ توفيق فرج فى رسالته «نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى » رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة الاسكندرية - منشأة المعرف سنة ١٩٥٧ - مقرآه ١٧ ص ٢٢٤ هامش ١١ .

(٢) POTHIER " Les obligations " T. 1 . 1848 . Bugnet - Paris . P. 20 .

- وبالنسبة للوضع فى مصر ، نلاحظ أن المشرع المصرى قد أحال القاضى الى قواعد العدالة والقانون الطبيعى بموجب المادة ١٤٩ ، ١٤٧ من القانون المدنى المصرى ، اذ تنص الأولى عن أنه « اذاتم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك . وفى المادة الثانية نص على أنه « اذا طرأت أن حوادث استثنائية عامة لم تكن متوقعه ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحه ، جاز للقاضى تبعا للظروف ومع الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك » .

- وقد ساير الفقه المصرى هذا الإتجاه ، حيث يقول د./ توفيق فرج [1] « أن فكرة العدالة تقوم عليها نظرية العقد بوجة عام ، ومن ثم فمن الصعب أن يتصدر الظن بهذا التحديد مستقبلا عن العدل ، فما الغبن الا خروجا عليه وتجريح له » .

ويقول د./ عبد الفتاح عبد الباقى [2] تعليقا على المادة ١٤٩ مدنى مصرى « يلاحظ أن القانون هو يفعل ذلك يخص عقودالإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضى سلطة تتجاوز إلى حد كبير

(١) د / توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٧٦

(٢) د · عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد والارادة المنفردة - سنة ١٩٨٤ - ص ٢١٤ . ٢١٥

المألوف من سلطته . فهويمنح القاضى هنا سلطة تعديل الشرط التعسفى بل وإهداره اذا إقتضت منه ذلك العداله وشرف التعامل »

- وقد ساير القضاء المصرى ذلك بحكمه [1] الصادر بتاريخ ١٩ إبريل سنه ١٩٣١ ، حيث جاء فى حيثيات هذا الحكم مايلى :
« أنه وان كان من المقرر إحترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين مادامت لم يصبح تنفيذها مستحيلا إستحالة مطلقة لحادث قهرى ، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العداله وروح الإنصاف ، فاذا ما طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ، وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق وواجبات الطرفين بحيث تخل بتوازنها فى العقد إخلالا خطيراً يجعل التنفيذ مرهقا للمدين لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال ، فانه يكون من الظلم إحترام العقد فى مثل هذه الظروف ويجب عدلاً مساعدة المدين إنقاذه من الخراب ، والدائن الذى يتسبب رغم ذلك بتفنيذ العقد يكون مخلاً بقواعد الآداب والعدل والإنصاف » .

- فمن كل هذه النصوص يتضح الدور الذى تلعبه العداله بالمعنى الخاص ، فى تصفيه المنازعات بين الأطراف .

وتمد القاضى بالحل الذى قد لايحمله النص القانونى . كما نلاحظ هنا أن رجوع القاضى إلى قواعد العداله هنا رجوعاً حراً لا يتقيد فيه بأى قيود ، وذلك على العكس من مفهوم العدالة فى

---

(١) إستئناف رقم ١٦١٥ س ١١ ق - مجلة المحاماه س ١٢ - العدد الأول - أكتوبر سنة ١٩٣١ ص ٦٦ .

المجتمعات البدائية المؤسسة على العرف أو التقليد ، حيث أن القواعد القانونية كانت تقدم باعتبارها مقدسة ذات مصدر إلهى ، والقضاه كرجال دين كانوا ملزمين بمعرفة الإرادة الإلهية ، باعتبارها مصدر كل قانون عادل . فالإله هو الذى يضع العاده أو العرف الذى يطبقه القانون ، ففى القانون اليهودى ذات المصدر الإلهى ، على سبيل المثال توضع القواعد العقائديه والأخلاقية والقانونية عن طريق الإله . فحينما يأمر الإله بعدم العمل فى اليوم السابع من الإسبوع أو بعدم جمع الحطب فى يوم الرب فان هذه القاعدة تعتبر قاعدة أخلاقية ، وأن الله وحده هو الذى يحكم فيها ، وذلك بأن يستخير موسى فى شأن العقاب . وهذا معناه أن القانون المكتوب ، والشفوى يصدران عن طريق الإله ، وأن القاضى ليس من حقة حتى تفسير النصوص الذى تصدر عن الإله ، وبالتالى ليس له أن يستشف العداله من قواعد الإنصاف ، حيث أن الإراده الإلهيه كانت تمثل المصدر لأى قانون ، بأعتبار أن هذا القانون لا يكون إلا عادلاً . فالعداله مؤسسه على الرحمة والشفقة ، والعدل يستوحى من الإله ، من أوامره ونواهيه ، والقاضى الذى كان يجب عليه أن يفصل فى منازعه كان يجب عليه أن يطبق القانون كما هو مفسر حسب العرف التلمودى ، وفى حالة عدم وجود قاعدة تحكم النزاع فانه كان يجب عليه أن يستشير الأشخاص الذين يكون لهم يد طوله فى الموضوع المعنى ، وهؤلاء يجب أن يوصفون بالرحمة والمعرفه بالتلمود [1] .

نستنتج من هذا أن الرجوع إلى قواعد العدالة أصبح معروفاً لدى المشرع الفرنسى والمصرى ، وأن هذا الرجوع يأخذ معنى مختلف عن معناه

---

(١) - C. PERELMAN " la régle de droit et la justice Melange offorts à ROPERT legros éditions de l'univrsité de Bruxelles - faculté de droit - 1985 - P. 350 et s.

في المجتمعات البدائية ، حيث أنه يكون حـراً في إستلهام العدالة مثلما إستنتجها القضاء المصرى فيما يتعلق بحماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، وأيضاً فيما يتعلق بظرية الحوادث الطارئة فان القضاء قد جعلها سبباً لتعديل العقد حينما تؤدى هذه الحوادث الى اختلال توازن العلاقة التعاقدية ، أو تؤدى إلى تغيرالظروف التى أبرم فيها التعاقد [1] . وإيضاً رجع القضاء المصرى إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعى فيما يتعلق بنظريه تحمل التبعة ، حيث كان إشتراط ثبوت الخطأ لقيام مسؤلية المتسبب في حدوث ضرر للغير مسؤليه تقصيرية تؤدى إلى عدم الحكم بتعويض فى حالات كثيرة ، كانت العدالة فيها تصرخ من عدم التعويض ، كحالات إصابه العمال فى حوادث العمل ، وحالات إصابه المارة فى حوادث السيارات وغيرها ، وحكم بالتعويض فى مثل هذه الحالات ولو لم يثبت فيها وقوع خطأ ما وذلك طبقاً لمبدأ تحمل التبعة أو (مبدأ الغرم بالعنم) .

وأيضاً فيما يتعلق بقاعدة الغش يبطل التصرفات ، فقد سلم قضاءنا بصحة هذه القاعدة ولو لم يوجد بها نص خاص فى القانون المدنى حيث أتها تقوم على إعتبارات خلقية وإجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والإحتيال والإنحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها فى التصرفات والإجراءت عموماً صيانه لمصلحة أفراد المجتمع [2] .

ومن أحكام القضاء المصرى فى هذا الصدد ماقضت به محكمة النقض المصرية [3] فى حكمها الصادر بتاريخ ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ ، والتى

---

(١) استئناف مصر ١٩ مايو سنة ١٩٣١ - المحاماة ١٢ - ٦٣ - ٤١ .

(٢) نقض مدنى ٢١ / ٥ / ١٩٧٩ - س ٢٠ ق - ٢ - ٣٩٩ - ٣٥٨ - المجوعة المدنية

(٣) نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ - مجموعة المكتب الفنى - س ٧ ق - رقم ٢٣ - ص ١٦٨ .

استهلته بالآتى « إن قاعدة الغش يبطل التصرفات هى قاعدة قانونية سليمه ولم لم يجر بها نص خاص فى القانون ، وتقوم على إعتبارات خلقية وإجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والإحتيال والرنحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى المعاقدات والتصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات » .

- ومن أحدث أحكام القضاء المصرى الذى يستند الى هذه القاعدة ، هو الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا [٢] اتلصادر بتاريخ أول يناير سنة ١٩٩٤ ، وذلك بصدد الغش فى التصرفات العقارية ، حيث رأت فى الغش والتواطوء سبباً كافياً لإهداد التسجيل ، فقد أشارت المحكمة بعبارات أدبية بليغة الـى « **إن ابرام تصرفات تاليه للتصرف الأول بالبيع يقوم على التحايل والإنتهاز ، ويعد إنحرافا عن الحق وتماديا فى الباطل وإستمرار المزور والبهتان ، وجلباً للمال الحرام إيثاراً وإثراءاً وضمانا لموارد متجددة إحتيالاً وإنتهابا ، وإقتناتاً على الحقوق الثابتة إنتكاداً وسعيا من مالكها لنقض ماتم من جهته عدوانا** » ، **وأضافت المحكمة عبارة قاطعة الدلالة على بطلان التسجيل ، اذ تقـول : « ..... فقد كان ذلك أمراً محتوماً أن يرده رأى البائع) المشرع على أعقابه باهدار سوء قصده جزاءاً وفاقا ، وأن يقرر بالتالى - وزجراً لتلاعبه - بطلان البيوع جميعها - وقوامها الإنتهاز والتحايل .... بطلاناً مطلقاً لضمان إنعدامها** » .

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١ / ١ / ١٩٩٤ فى الدعوى رقم ٢٢ س ١٢ ق دستورية منشور بمجلة الأحكام - المجلد الثانى سنة ١٩٩٥ - ص ٦وما بعدها - الناشر شركة الخدمات التعليمية بالقاهرة .

وأردفت المحكمة قائلة « ..... **لا يعد بطلان العقد أن يكون جزاءا على عدم استجماعه لأركانه كامله مستوفية لشروطها وهو ما نحاه النص المطعون عليه بناءاً على إعتبارات موضوعيه لحماية مصلحة عامه لا يجوز أن تختل ، ضمانا لتعامل بتوخى رعاية الحقوق لإهدارها أو الإنتقاص منها ، وبثا للثقة المشروعة التى ينبغى أن يكون محاطاً بها ، ملتزما باطارها وقمعاً لكل صور الإنحراف التى تفسده وتنال منه** » .

ويفهم من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا تؤكد مشروعية إهدار التسجيل القائم على الغش والتواطوء باعتبارهما من آفات التصرف القانونى السليم .

- وقد وجدت هذه القاعدة صدى لها فى أحكام القضاء الفرنسى [١] ، أكد بمقتضاه تنبيه لقاعدة الغش يبطل كل التصـرفات .

- ونظرا لأهمية هذه القاعدة ، التي تستند الى قواعد العدالة ، فان التشريع المصرى قد حوى بين دفتيه العديد من القواعد التى تعتبر تطبيقا لهذا المبدأ ، فعلى سبيل المثال أورد المشرع المصرى سلسلة من النصوص فى هذا الصدد منها المادة الخامسة (عدم التعسف فى استعمال الحق) ، والمادة ١١٤ (بطلان التصرفات الصادرة من المجنون المعتوه مثل تسجيل قرار الحجر اذا كان الطرف الآخر على بينة منها ، المادة ١١٥ (بطلان التصرفات الصادرة من السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر اذا كانت نتيجة استغلال وتواطؤ) ، والمادة ١٢٠ (حق المتعاقد الواقع فى

(١) cass . Req . 3 Juill - 1871 . s . 1872 . 1 . 338

غلط جوهرى فى طلب ابطال العقد ان كان المتعاقد معه على علم به) ، والمادة ١٢٥ (حق المتعاقد الذى وقع ضحية لتدليس من الطرف الآخر أ ثابت عليه فى طلب اعطاء العقد) ، والمادة ١٢٩ (حق المتعاقد المغبون فى طلب ابطال العقد اذا أثبت أن المتعاقد معه قد إستغل فيه طيشا بيناً أو هوى جامحاً) ، والمادة ٢١٧ ، (عدم جواز الإتفاق على اعفاء المدين من أى مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى اذا مارجع ذلك الى غشه أو خطيئه الجسيم) والمادة ٢٢١ (التزام المتعاقد الذى يثبت إرتكابه غشا أو خطأ جسيما لتعويض المتعاقدين عن الضرر المتوقع وغير المتوقع) ، والمواد ٢٣٧ ، ٢٤٣ (حق الدائن الذى أصبح حقه مستحق الأداء فى طلب عدم نفاذ تصرف مدينه المعسر فى حقه اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أ زيادة إعساره) . والمادة ٢٤٢ (نفاذ العقد الحقيقى دون العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام) .

- من هنا نؤكد أن قاعدة الغش يبطل كل شيئ هى من القواعد الأساسيه الأصوليه فى النظام القانونى المصرى شأنه فى ذلك شأن القانون الفرنسى رغم عدم وحود نص قانونى صريح عليها ، وذلك لأن مبناها العداله التى يجب أن تكون الهدف الرئيسى لأى قاعدة قانونيه ، كما قال سيشرون (١) «**إن العدالة هى جوهر القانون**» وكما قال د/حافظ إبراهيم (٢) «**إن العداله هى الأم ولدت القانون** ».

(١) د ./ صوفى أبو طالب : أبحاث فى مبدأ سلطان الإرادة فى القانون الرومانى - دار النهضة العربية سنة ١٩٦٤ ص ٣١٢ .

(٢) د / حافظ ابراهيم - أساس العدالة فى القانون الرومانى - طبعة سنة ١٩٥١ - ص ١١ .

وأقر القضاء المصرى أيضاً قاعدة الخطأ الشائع يولد الحق وذلك باقراره بصحة التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق متى كان هذا الآخير قد أسهم بخطئه سلباً أو إيجاباً فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النيه إلى التعاقد معه . وأن تكون الشواهد المحيطه بهذا المركز ،والتى من شأنها أن تولد الإعتقادبمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، وذلك بالإسناد إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعى [١] .

وفيما يتعلق بالدوله فقد لجأت المحاكم فى نشأتها إلى قواعد العداله والقانون الطبيعى والعرف لتستقى منه أحكامها [٢] .

وفيما يتعلق بمسئوليه المجنون عما يحدثه من ضرر للغير فقد أقرتها المحاكم المصريه أيضاً بالرجوع إلى العداله [٣] .

- وكذلك يرجع القضاء الفرنسى والمصري إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعى عند تطبيقه للماده ٨١٥ والمقابلة للمادة ٨٢٦ مدنى مصرى من القانون المدنى والتى تتعلق بقسمة الأموال الشائعه ،حيث أنه يمكنه أن يقف تقسيم هذه الأموال إذا كان تقسيمها سيؤدى إلى نقص قيمه الأموالا المراد تقسيمها أو إذ كان تقسيمها يرتب ضرراً بمصالح الشركاء ومصلحه طالب القسمه [٤] ، ويمكنه أن يقف تقسيم بعض هذه الأموال ويقسم البعض الآخر [٥] .

---

(١) نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ - مجموعة المكتب الفنى - س ٧ ق - رقم ٢٣ - ص ١٦٨ .

(٢) نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ - مجموعة القواعد القانونية - ٤ - ١٧٠ - ٦٤.

(٣) الاسكندرية الوطنية ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ - المحاماه - ١١ - ٧٥ - ٤١ . (

(٤) المادة ٨٢٦ من القانون المدنى المصرى المقابلة للمادة ٨١٥ من القانون المدنى الفرنسى .

(٥) د / حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - الملكية - طبعة ١٩٦٥ .فقرة ١٣٧ .

وأيضاً يرجع إلى هذه القواعد عند تطبيقه للمادة ٦٤٥ مدنى فرنسي والذى تتعلق بالمنازعات بين الملاك فيما يتعلق باستخدام المياه ، حيث أنهم يقومون بتنظيم هذا الإستخدام بالرجوع إلى القانون الطبيعى وقواعد العداله [١] .

- نستنتج من كل ما تقدم أن القاضى يمكنه أن يرجع إلى القانون الطبيعى وقواعد العداله ، ويحاول باستخدام هذه المصادر أن يوفق بين القاعده القانونيه والواقع الإجتماعى الذى يطرح أمامه فى صورة منازعة وذلك إذا لم يكن هناك نص بحكم المنازعة ، أو إذا كان تطبيقة سيؤدى الى نتائج ضالة .

---

(١) ART . 645 code civil francais 1992 - 1993 P 456 ; cass .civil . III . N° 9 .

المبحث الثاني:

الإستعانة بالقانون المقارن

يمكن أن يستعين القاضي بالقانون المقارن ، أو بالحلول الذى يتضمنها هذا القانون بصدد مشكلة ما من المشاكل القانونية .

- وقد يرجع القاضي الى القانون الأجنبى بطريقة الزامية ، وذلك اذا كانت المنازعات المعروضة عليه تتعلق باتفاقية دولية أو تتضمن جانبا متعلقا بالقانون الدولي الخاص ، حيث يلزمه قانونه الوطنى فى هذه الحالة ، بالرجوع الى القانون الأجنبى ، وذلك بغية الوصول الى حل عادل للمنازعة المطروحه أمامه والتى تتضمن جانبا دوليا يستعصى على الحل بدون الرجوع الى هذا القانون .

- وقد يرجع القاضي اليه اختياريا ، وذلك حينما لايجد للمنازعة المعروضة عليه حلا فى قانونه الوطنى ، أو اذا كان الحل الذى يتضمنه القانون الأجنبى يحقق عدالة أكثر من تلك التى يحققها قانونه الوطنى ، ونعرض لهذين الوضعين من خلال الفرعين الآتيين :

المطلب الأول:

اللجوء الإجبارى للقانون المقارن

فى كثير من القضايا التى تعرض على القضاء المدنى الجنائى ، نجدها تتضمن جانبا دوليا على قدر كبير من الأهمية بالنسبة للمنازعة ، والذى يتحتم معها رجوع القاضى الى القانون المقارن ، كى يؤسس حكمه ، ويصدر عدالة حقيقية ، فالقضايا التى تتضمن جانبا دوليا

لاتصل الى نهايتها بدون الرجوع الى القانون المقارن .

وتزايد عدد هذه الحالات لايتولد فقط منه دولية حياة الأشخاص أ العلاقات التجارية ، بل يرجع الى القضاء الذى يتطور على نحو أصبح فيه لايحكم قضاة الموضوع بصفة تلقائية طبقاً لقانونهم الوطنى على الحالات التي تتضمن جانبا دوليا (١).

- واذا نظرنا الى الوضع فى فرنسا قبل حكم محكمة النقض الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٨٨ (٢) ، نرى أن رجوع القضاء الى القانون الأجنبى لم يكن اجباريا ، بل كان يرجع الى رغبته ، ولكن بعد صدور الحكم الذى كان يتعلق بمدى حق الأم فى استخدام دعوى البحث عن البنوة الشرعية ، أصبح الرجوع إلى القانون الأجنبى إجباريا طالما تحيل اليه قاعدة الإسناد الوطنيه ، مثلما أحالت قاعدة التنازع الفرنسيه (الماده ١٤- ٣١١ من القانون المدنى الفرنسى) القضاء ، فى

(١) - R. LEGERIS " L'utilisation de droit comparée par les tri-punaux " Rev. int dr C,. 1994 . P. 347 et s. . Il dit que " l'accroissement de nombre de ces cas ne provient pas seulement de l'internationalisation de la vie des personnes ou des rapports d'affaires . il est du aussi à notre jurisprudence que à evolué de telle maniéere presque systematiquement selon le loi français les situations presentent un aspecet international .

(٢) - Cass civil 11 Oct. 1988 . Rev. crit .dr. int pr. 1990 . P. 367 , J.C.P. 1988 II 21327 . " la cour de caussation a décidé qu'aux terms de l'article 311-14- du code civil la filiation est régie par la loi personnelle de la mere au jour de la naissence de l'enfant ; en vertu de l'articls 12 alinéa 1ér , de nouveaue code de procédure civil , le juge doit trancher la litige conformement aux régles de droit qui lui sont applicables "

الحالة السابقة إلى القانون الشخصى للأم لحظه ولادة الطفل .

- وإذا كانت الإحاله إلى القانون الأجنبى أصبحت إجباريه بموجب هذا الحكم ، فأن هذه الصفه تتراجع إلى الوراء إذا ما كان تطبيق القانون الأجنبى يتعارض مع النظام العام الوطنى . وقد أكدت محكمه النقض الفرنسيه ذلك بحكمها الصادر فى ٦ يونيه سنه ١٩٩٠ [1] . والذى صدر بصدد حادثه طريق "circulation routiére" ، حيث إستنتجت من إتفاقية لاهاى الصادره فى ٤ مايو سنه ١٩٧١ - والمتعلقة بهذا النوع من الحوادث - أن القانون القابل للتطبيق على المسئوليه المدنيه الناتجه عن هذا النوع من الحوادث ، هو قانون الدوله التى وقع فى نطاقها الحادث . وأن هذا القانون لايمكن إستبعاده إلا اذا كان يتعارض مع النظام العام بالمفهوم الدولى ، واستبعدت على إثرى ذلك حكم محكمه الإستئناف التى كان يستند على الماده العاشرهمن هذه الإتفاقيه ، بقصد إستبعاد القانون الإسبانى التى وقعت على اقليمه الحادثه ،بدعوى أن القانون الفرنسى الصادر فى ٥يوليو سنه ١٩٨٥ يتعلق بالنظام العام ، دون أن تفرق بين النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى .

- وإنه إذا لم يكن هناك حصراً للقضايا التى تتضمن جانبا دوليا حتى الأن ، فأن الواقع القضائى الحالى يؤكد مدى تالتزام القاضى باللجؤ إلى القانون المقارن ، وذلك بالنسبه للمشاكل القانونيه التى تتعلق بصفه أساسيه بقانون الأشخاص وتلك التى تتعلق بالقانون التجارى ، والقانون الجنائى ، والقانون الإدارى ،ولذلك

(١) - Cass civil . 6 juin 1990 . d . 1990 P. 265 .

سأعرض لهذه المجالات تباعاً :-

أولا : فى نطاق قانون الأشخاص :- نجد أن المشاكل التى تتولد من الحياه الزوجيه (زواج - طلاق - نفقه - حضانه -......... الخ) -تغذى بصفه جوهريه الدوريات القضائيه ، وتؤكد مدى تعويل القاضى على القانون المقارن فى حل المنازعات التى تحتوى على شق دولى [١] . ونضرب امثله توضح ذلك :-

١- فى الحكم الصادر من محكمه " colmar " بتاريخ ٢٩ يناير سنه ١٩٩٣ [٢] ، رجع القاضي إلى القانون الألمانى لكى يقدر ما إذا كان الزوجين اللذين يحملان الجنسيه الآلمانيه يمكنهما تغير نظام الزواج من عدمه . وبالرجوع إلى نصوص هذا القانون تأكدت المحكمه من أن الزوجين يمكنهما أن يتبنوا التشريع الفرنسي الذى يتعلق بأنظمه الزواج

٢- حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٥٤ [٣] . والذى قرر بطلان الحكم الصادر من الإستئناف ، لأنه بعد أن قرر أن القانون المدنى اليونانى والإيطالى هما القانونين الواجبا التطبيق على الدعوى فيما يتعلق بشروط صحة انعقاد وزواج الطاعن بالمطعون عليه ، وبعد أن قرر أنه وفقا لنص الماده ١٣٥٤ من القانون المدنى اليونانى ، ونص الماده ٨٦ من القانون المدنى الإيطالى ، لا يحوز من

(١) - V.y.LOUSSOUARL " Le role de la methode comprative en-dront proid " Rev.crit . dr . int . Pr. 1979 . P. 3077 et s.

(٢) - Colmar 22 Janv . 1993 Rev. dr . int .136542 .

(٣) طعن رقم ٦ س ٢٣ ق - أحوال شخصية جلسة ١ / ٤ / ١٩٥٤ - الموسوعة الذهبية - عبد المنعم حسن الفكهانى ص ٥٣٦ .

كان مرتبطا بزواج سابق أن يعقد زواجا جديداً قبل إنحلال الزواج السابق ، وإلاكان العقد باطلا ، وإقتصرت المحكمة فى حكمها على الإستناد إلى القانون الإيطالى دون الرجوع إلى القانون اليونانى وهو مايستوجب نقض الحكم .

فهنا نجد أن القانون يلزم المحكمة بالرجوع إلى القانون الأجنبى لكى يجد حلا للمنازعات المعروضة عليه .

٣- حكم محكمة النقض الفرنسيه الصادر فى ١٦ يوليو سنه ١٩٩٢ [(١)] ، والذى استبعد تطبيق القانون المغربى ، فيما يتعلق بالآداءات التعويضيه التى تترتب على حدوث الطلاق ، وذلك لتناقضه مع النظام العام فيما يتعلق بيهذه الآداءات ، حيث أنه لايقرها .

* - وتعتبر أيضاً علاقات البنوه الشرعيه ، من المجالات الخصبه ، والتى يرجع بصددها القضاء إلى القانون المقارن ، ومن أهم الأحكام التى تتعلق بهذا المجال ، حكم محكمة النقض الفرنسيه الصادر بتاريخ ١١ أكتوبر سنه١٩٨٨ ، والذى يتعلق بتجديد القانون الواجب التطبيق على دعوي البحث عن البنوه الشرعيه ، والتى يحيل القانون بصددها إلى القانون الشخصى للازم لحظه ولادة الطفل . ومن أمثله ذلك أيضاً التبنى المطلق "l,adoption plenière " والتى لايتحقق الإبحكم قضائى ،نجد أن القاضى يرجع بصدده إلى القانون المقارن . فلو أن زوجين فرنسيين تبنوا طفلا يحمل جنسيه أجنبيه ،

(١) - Cass civil 16 juill 1992 - J.C.P. 1993 . II . 22138.

فان القضاء لايرتبط فقط بالقانون الوطنى للطفل ، والذى يضع شروط هذا التبنى ، بل يلتزمون بأجراء مقارنة دقيقة بين قانون الطفل والقانون الفرنسى لكى يقدروا ما إذا كان يمكن تحقيق هذا النوع من التبنى أم لا . ومن الأمثلة الشهيرة على ذلك حكم محكمه " varsailles "(١) الصادرفى ٢٤ سبتمبرسنه ١٩٩٢ والذى كان يتعلق بتبنى طفل جزائرى يمنح قانون التبنى ، باعتبار أن هذه العلاقه لاتتولد من علاقه نسبة أو بنوه ، بالاضافه إلى إختلاف نظام الكفالة فى الاسلام عن هذا النظام ، فقد رجعت المحكمه إلى القانون الجزائرى لإجراء مقارنة بين نظام الكفالة ونظام التبنى المطلق الذى يسود فرنسا .

- ومن أمثله ذلك أيضاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٨ نوفمبر سنه ١٩٩٢ (٢) ، والذى الزم قضاة الموضوع بتطبيق قانون الأم فيما يتعلق بدعوى البحث عن البنوة الطبيعية ، وهى بصدد إقرار البنوه الشرعيه لطفل جزائرى كانت تحمل أمه الجنسيه الجزائريه لحظة ولادته .

ثانيا :- فى نطاق قانون الإلتزامات والقانون التجارى :-

وفيما يتعلق بهذه المجالات ، نجد تعدد المشاكل التى تتضمن جانبا دوليا ، وبصفه خاصه تلك التى تتعلق بمجالات المسؤليه المدنيه . ومن

---

(١) - Varsailles 24 Sep. 1992 J.C.P. 1992 . 22049.

(٢) - Cass civil 18 Nov. 1992 . J.C.P. 1993 . T . 4 . P. 237 . D. 1993 . P. 213.

الأمثله على ذلك حكم محكمه " varsailles " [١] الصادر في ٩ فبراير سنه ١٩٩١ ،والذى يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقديه ، وفقا لإتفاقيه روما الموقعه فى ١٩ يونيه سنه ١٩٨٠ ، وذلك فى حاله عدم وجود إتفاق بين الأطراف المتعاقده على هذا القانون ، إذقررت المحكمه « أنه فى حاله إنعدام مثل هذا الإتفاق ، فإن العقد يخضع لقانون الدوله التى يرتبط معها بعلاقات وثيقه ، وذلك وفقا للماده ٤/١ من الإتفاقية . كما قررت إستبعاد الإفتراض الذى تتضمنه الماده ٤/٢ من الإتفاقية .

– (إفتراض أن العقد يرتبط بعلاقات وثيقه مع البلد الذى يجب أن ينظر على إقليمها الآداء القانونى ، أو مع الدوله التى أبرم فيها العقد أو مع البلد الذى يقيم فيها المدين إقامه معتاده ، أو مع الدوله التى يقع فيها المركز الرئيسى للمؤسسة الملتزمه بالآداء القانونى) – حينما يستنتج من الظروف أن العقد يرتبط بعلاقات وثيقه مع دوله آخرى ، وذلك وفقاللماده ٤/٥ من الإتفاقيه .

---

(١) " - Varsailles 9 fever 1991 . J.C.P. 1992 OO 2 1972 -
Elle décidé que " Dans le contrat de cautionnement , la prestation caracteristique soit celle de la caustion (ce qui , en l'espéce aurait conduit a l'application de la loi français) , Il y a lieu de faire exception . sur le fondamant de l'article 4-5- de la convention de Rome du 19 juin 1980 , en feveur de la loi du peneficiaire (ce qui en l'espece conduit a l'application de la loi etalliene) lorsque l'ensemble des cirionstances (Langue du contrak lieu de conclusion , loi de l'oliligation prencipale) fait apparaitre que c'est avec le payes régi par cette loi que le contrat presente les liens les plus étroits"

واستنتجت من ذلك أنه في عقد الضمان أو الكفاله يوجد مكانا أيضا لخلق أستثناء على أساس الماده ٤/٥ من الإتفاقيه لمصلحة قانون المستفيد ، حينما يتضح من الظروف (لغه العقد - محل أبرام العقد - قانون الإلتزام الرئيسى) أن العقد يرتبط مع قانون دوله المستفيد بعلاقات وثيقه ، وطبقت القانون الإيطالى على العقد ، لظهور علاقات قويه بينه وبين هذا القانون ، وإستبعدت تطبيق القانون الفرنسى ، ولما كان القانون الإيطالى هو الواجب التطبيق على المنازعه ، فأن هذا يقتضى دراسة هذا القانون وادراك مغـزاه من جانب القضاء .

وبصدد المنازعات المتعلقة بالعقود ، وبصفة خاصه تلك المتعلقة بالعقود البحرية ، فان القاضى يجب عليه أن يستعين بالقانون الأجنبى إذا كان العقد يثير مشاكل دولية . ومن الأمثلة على ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسيه [١] بتاريخ ٢ مارس سنة ١٩٩٣ ، حيث قررت الآتى « انه فى حالة وجود ثغرات فى القانون التجارى للدوله التى يجب أن يطبق قانونها على المنازعة ، وعدم وجود عرف محلى ، فإنه يجب على القاضى أن يكمل هذه الثغرات بتطبيق قاعدة قانونيه ذات معنى عام ، يستمدها من القانون الفرنسى » .

مما تقدم يتضح أن اللجؤ إلى القانون المقارن أصبح اليوم على درجة كبيرة من الأهميه ، إذ أنه يساعد على حل كثير من المشاكل

(١) cass . com 2 mars 1993 . J . C . P . T . 4 . 1149

التى تتضمن جانبا دوليًا ، بل وأحيانا يفيد الرجوع إليه فى حل الكثير من المشاكل الوطنيه ، والتى قد يؤدى تطبيق القانون الوطنى فيها إلى ظلم واضح ، وهذا ماسيتضح فيما بعد .

ثالثا : فى مجالات القانون الجنائى :-

وفى نطاق هذا القانون ، فان القاضى كثيرا ما يرجع إلى القانون ويقارن بينه وبين القانون الوطنى ، بغية وضع القاعدة الجنائية موضع التنفيذ. فحينما يرتكب وطنى بعض الجرائم فى الخارج ، فانه يجب عليه أن يفكر فيما إذا كانت هذه الجرائم تعد جنحا وفقاً للمعنى التقنى لهذه الكلمة فى قانونه الوطنى أم لا ، فاذا ما إرتكب مصرى ، مثلا بعض الجرائم فى الخارج ، فإن التساؤل يدور حول ما اذا كانت هذه الجرائم تعد جنحا بالمعنى التقنى لهذه الكلمة فى القانون الجنائى المصرى أم لا . فاذا كانت هذه الجريمة جنحة مثلا وفقا للقانون المصرى أو الفرنسى . فانه لا يمكن متابعه الجانى فى مصر أو فى فرنسا (إذا لم يكن قد صدر حكم نهائى فى الخارج) ، الا اذا كانت هذه الجنحة معاقب عليها بقانون البلد التى أرتكبت على أرضها الجنحة وفقا للمادة ٢/٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى .

إما اذا كانت هذه الجنحة تضر بأمن البلاد أو تقترن بجنح تم ارتكابها فى الخارج ، فان هذه الجرائم يتم متابعتها والعقاب عليها فى فرنسا دون الرجوع الى قوانين الدول التى أرتكبت على أرضها الوقائع [١] .

---

(١) - J.PRADEL " Le nouveau code Penale " Partie generale N° 20 . ets .

والواقع العملى يثبت أن النصوص التى تسمح بمتابعة الجرائم التى ترتكب من فرنسيين فى الخارج لم تعد كلمات عقيمة وعلى وجه الخصوص « الجنح » . ومن أمثلة ذلك الحكم الصادر بتاريخ ١٩ مايو سنة ١٩٧١ من الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية [١] التى قررت بمقتضاها التزام محكمة الإستئناف بالبحث عما اذا كان الفعل التى تم ارتكابه فى الخارج يعاقب عليه القانون الجنائى أم لا ؟ وذلك لصدور الفعل فى جنحة استغلال نفوذ تم ارتكابها من مواطن يحمل الجنسية الفرنسية على الأقليم المغربى ، حيث قضت بالآتى : « حيث أنه فقا لنص المادة ١٢/٦٨ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسى ، يعتبر جانيا أى مواطن فرنسى يرتكب فعلا يعد جنحة وفقا للقانون الفرنسى على اقليم دولة أجنبيه ، ومن ثم يمكن معاقبته والحكم عليه من قبل القضاء الفرنسى اذا ان الفعل معاقبا عليه فى قانون الدولة التى أرتكب على اقليمها الفعل طالما أن هذه الجنحة لاتضر بأمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج أو بعملتها الوطنية ، فالقاضى لايمكنه توقيع العقاب على الجانى الا بالرجوع الى القانون المغربى والتعرف على ما إذا كان هذا الفعل يعد جنحه معاقبا عليها وفقا لهذا القانون أم لا ؟ وهذا مايدعواه الى اجراء مقارنة دقيقه بين القانون الفرنسى والمغربى .

- وفى نطاق تسليم المجرمين ، يلزم الرجوع فى أحيان كثيرة الى القانون الأجنبى للتعرف على ما اذا كان هذا القانون يسمح

---

(١) - Crime 19 mai 971 . J.C.P. 1972 . T.2 . 16947 .

بتسليم المجرمين من عدمه ، وما اذا كان هناك اتفاقيات خاصة بهذا الموضوع أم لا ، مثل الإتفاقية الخاصة بتسليم المجرمين ، فى نطاق الدول العربية ، والتى وقعت عليها معظم هذه الدول بتاريخ ١٩٥٣/٦/٩ وصدقت عليها مصر بتاريخ ١٩٥٤/٢/٨ .

فحينما تتقدم دولة ما بطلب تسليم مجرمين الى فرنسا ، فان دائرة الإتهام " La chembre d'accusations " التى يجب عليها أن تقدم رأيها - تلتزم بالرجوع الى قوانين الدولة التى تقدمت بهذا الطلب ، وذلك بقصد التعرف ، من ناحية ، على العقوبات التى تنص عليها قوانين هذه الدولة ، ومن جهة أخرى لكى تعد ربما اذا كان يمكن استبعاد الدعوى العمومية فى فرنسا لسبب من الأسباب التى ينص عليها قانون الدولة صاحبة الطلب [١] من عدمه .

- ويلتزم القاضى أيضا بالرجوع الى القانون الأجنبى اذا كانت الدعوى الجنائية مرتبطة بدعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الجنازة الناتجة من الجريمة ، حيث أن تقدير التعويض يتم أصلا طبقا لقانون الدولة التى أرتكب على اقليهما الفعل الإجرامى [٢] .

ومن هذه الأحكام تلك الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٩ [٣] بصدد جريمة إصدار شيكات بدون رصيد من

(١) - Crime 6 mars 1984 . Bull crime 1984 No 90 ; Crime 27 Juins 1984 Bull Crims 1984 No 2884 ; crime ' 10 Octo . 1988 , Bull Crime 1988 No 331 ; Crime 9 nov . 1988 . Bull crime , 1988 N°. 385 .

(٢) J.P.DUECET " La loi appicable a l'action civil " Melange . LERVASSEUR. 1992 . P. 89 et s. .

(٣) - Crime 20 octo 1959 . D. 1960 . P. 300 .

مواطن أمريكى فى فرنسا ، والتى يتطلب قانونها وجود رصيد مسبق أو على الأقل معاصر لإصدار الشيك بعكس القانون الأمريكى الذى يضفى على الشيك صفة الكمبيالة على خلاف اتفاقية جنيف التى تقضى باختصاص قانون الدولة التى يجب السداد على اقليمها قضت باختصاص القانون الفرنسى بالفصل فى دعوى التعويض المترتبة على ارتكاب هذه الجريمة ، وذلك لسؤ نية الجانى حيث أنه قد أضفى على الشيك كل الصفات التي يتطلبهاالقانون الفرنسى ، بالاضافة الى أنه لم يشترط مهلة للدفع بل أصدرها لحاملها ، وهذا مايدل على علمه بالقانون الفرنسى فهنا لابد للقاضى أن يطلع

رابعا: فى نطاق القانون الإدارى:

وفى نطاق هذا القانون يمكن الإعتقاد بأنه لايوجد حالات يلتزم فيها القاضيالإدارى بالرجوع إلى القانون المقارن ، ولكن هناك العديد من الأمثلة التى تؤكد إعتراف مجلس الدولة الفرنسى بمثل هذا الإلتزام . ومن أمثلة ذلك عقود العمل التى تبرم فى الخارج من قبل السفارات القنصليات ، فانها تتضمن جانباً دولياً ، يلقى على عاتق مجلس الدولة إلتزام بالرجوع إلى القانون المقارن ، ومن هذه الأحكام حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر بتاريخ ٧ يناير سنــــــه ١٩٨٩ [1]. والتى إعتبر أن عقد العمل هذا - لكونه عقداً إدارياً بالنظر إلى معايير القضاء الفرنسى - لايجب أن يخضع بالضروره للتشريع الإجتماعى للدولة التى يبرم فيها العقد ، أو تلك التى ينفذ على اقليمها .

فالرجوع إلى القانون المقارن يتزايد يوماً بعد يوم ، خصوصا مع هذا التطور التكنولوجى والإقتصادى الذى يسود العالم ، وإتجاه العلاقات التجاريه والاقتصاديه إلى العالميه ، مما يتولد عنه العديد من المشاكل الدوليه ، التى تقتضى الإلمام بالقوانين الأجنبيه ، وبصفة خاصه من جانب القضاء .

(1) - C.E. 7 Janv . 1989 . Rev. Conc . d. etat - Recuielle Lebon 1989 . P. 521 .

المطلب الثانى :

اللجوء الإختيارى إلى القانون المقارن

يقول أحد الفقهاء [1] « أنه من الصعوبة بمكان أن نجد فى أحكام المحاكم الفرنسيه ، ما يدعو القاضى الى الرجوع الإختيارى للقانون المقارن ليسترشد به فى تفسير القانون وتكمله ثغراته كما هو الحال فى احكام القضاء الألمانى , ومع ذلك فهناك العديد من الأدلة التى توحى بدخول القانون المقارن حيز العمل القضائى الفرنسى »

فالقانون المقارن ، يتدخل اليوم فى عمل القاضى بطريقة يصعب معها إنكار دوره فى حل الكثير من المنازعات . بالإضافة إلى أنه أصبح يساهم فى إعداد القضاة ، وتشكيل فكرهم ، إذ نجد الكثير من الأحكام التى يعتمد القضاء فى تسبيبها على القانون المقارن ، ويظهر أثر ذلك من خلال توحيد الأحكام مثلا على المستوى الأوربى بصدد بعض المشاكل التى تقع فى مختلف هذه الدول .

وهناك العديد من الأمثلة التى تبرهن على رجوع القاضى إختيارياً إلى القانون المقارن ، وبصفه خاصه أحكام مجلس الدولة الفرنسى ، والمجلس الدستورى ، ومحكمة النقض الفرنسيه .

فقد وضع مجلس الدوله الفرنسى كثيرا من المفاهيم التى تقتضى إجراء مقارنه بين قوانين عديد من الدول ، مثل مفهوم المدة المعقوله "La délai raisonnable" ، ومفهوم الخطر غير العادى

---

(١) - R. LEGEAIS . Op[. cit . P. 354 et s.

"L, inconven- ومفهوم الضرر الجسيم "la risque anarmal"
"ient excessif" وقد وضع أيضامجلس الدوله الفرنسى سنه ١٩٦٠
مفهوم الخطأ الظاهر "L,erreur manifeste"،

على ضوء القانون المقارن ، وذلك بغية تقدير شرعية العديد من القرارات الإدارية ، ومن ذلك أيضاً قضاء منظمه العمل الدوليه التى إستوحى المفاهيم المتعلقه بالرقابه على النسبيه بصدد نزع الملكية من تلك التى وضعها مجلس الدولة الفرنسى بصدد هذا الموضوع [١] . وبصدد تطور قضاء المجلس الدستورى ، كان للقانون المقارن أثره وأيضا فدستور فرنسا الصادر سنه ١٩٥٨ كان يوكل اليه مهمة الرقابة المسبقة على دستورية الأعمال التشريعية ، ولكن هذا الدور ظل دوراً إستثنائياً إلى أن ظهرت ديناميكية المجلس ، وبدأ يوسع من مجالات تدخله فى الرقابة مع دستورية القوانين ، وبصفة خاصه بعد إنشاء المحكمة الدستورية الأوربية ، ومحكمة العدل الأوربية ، حيث أنه بدأ يستعين بالكثير من قضاء هذه المحاكم وخصوصا فى مجال حقوق الإنسان .

– ومن جهة محكمة النقض فانها تلجأ لجوءاً إختيارياً للقانون المقارن فى العديد من أحكامها ، ومن أمثلة ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٢٧يونيه سنه١٩٥٧[٢] والذى يتعلق ببطلان شريط سلم المقاييس المتغيرة "La nullité des clauses d'echelle mobile" ، قضت بعدم بطلان هذا الشرط إذا أدرج فى عقد قرض بمبلغ من النقود ، يتضمن الإستردادعلى

---

(١) - S.RIALS " Le Juge administratife francaise et la technique de standard" . (L.G.D..J. - 1980 . P. 207 .

(٢) - Cass civil 27 juin 1967 . D. 1957 . P. 649

دفعات بالنظر إلى سعر القمح لحظة الإستحقاق ، وذلك لعدم مخالفته للمادة ١٨٩٥ مدنى فرنسى والتى تهدف إلى تجنب التعديل القضائى لشروط الإسترداد نتيجة لتغير قيمة العملة ، وليس لحماية المقترضين ضد حرية قبول الزياده التى يمكن أن تنتج من الرجوع إلى سعر العملة ، مستعينة فى ذلك بالقضاء البلجيكى الصادر بهذا الصدد . ومن هذه الأحكام أيضاً حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٩١ [١] والذى يتعلق المادة ١/١٣٨٤٥ مدنى فرنسى ، إذأنه وسع نطاقها بحيث تمتد لتشمل المسؤليه عن فعل الغير وذلك بالإستثناء إلى النسبيب الذى كان قد وضعه Privy "council" فى لندن سنة ١٩٢٠، حيث قضت بمسؤلية إحدى المؤسسات الفرنسية المتخصصة فى إستقبال ورعاية المعوقين عقلياً عن فعل الحريق الذى أحدثه نزيل من نزلاءها بغابة من الغابات الفرنسية ، باعتبارها مسؤلة عن حراسته وتنظيم حياته ومن ثم تسأل عن الآضرار التى يحدثها بخطأه .

فالقضاء يتجه اليوم إلى القانون المقارن ، ويبرر أحكامه بالإستناد اليه ، وذلك يرجع إلى العالمية التى تتجه اليها العلاقات الإقتصادية والتجارية ، مما أدى إلى كثره المنازعات التى تتضمن جانبا دولياً سواءاً على الصعيد المدنى أو الجنائى أو الإدارى ، واتجه معها القاضى إلى العالمية ، وأصبحت نظرته غير قاصرة على القانون الوطنى فقط ، بل تعداه إلى دراسة وفهم القانون المقارن باعتباره وسيلة حيوية ومفيدة فى حل كثير من المنازعات ذات العنصر الأجنبى .

– والسؤال الذى يتبادر إلى الذهن الآن يتعلق بمدى التزام القاضى الوطنى بادراك القانون الأجنبى ؟

---

(١) ass civil 29 Mars 1991 . J.C.P. 1991 . T. 2 81673 .

يجب أن يكون القانون الأجنبى ، الذى يفصل القاضى بمقتضاه سهل المنال ، لأن تكليفه بمعرفة كل القوانين فى كل بلاد العالم هو تكليف بالمستحيل ، ومهما وجد القاضى من وسائل التفسير فان إختلاف اللغات كافى لبيان وجه الاستحالة فى هذا الصدد [1] ولذلك نجد أن القضاء الفرنسى قد أستقر منذ نهاية القرن التاسع عشر ، على القاء عبئى إثبات القانون الأجنبى على عاتق الأطراف ، ولهذا فان القاضى الفرنسى لايلتزم باعمال القانون الأجنبى من تلقاء نفسه وإنما يقع على عاتق الأطراف عبء التمسك بتطبيق وإثبات مضمونه ، وتقديم الدليل على وجودة "un certificat de coutume" [2] ويمكن للقاضى أيضا أن يستدعى خبيراً أو يؤسس حكمه على معرفته بالقانون الأجنبى ، ومن الأحكام التى تؤيد ذلك تلك الصادر من محكمه النقض الفرنسيه بتاريخ ٢٦ إبريل سنه ١٩٥٠ [3] والتى أيدت بمقتضاه حكم محكمة أول درجة والتى قد قضت بفصل أموال الزوجين طبقاً للقانون الأمريكى على إعتبار أن الزواج قد حدث فى أمريكا ، وانتقدت حكم الإستئناف الذى إقتصر على تطبيق نظام إتحاد الأموال تطبيقا للتشريع الفرنسى ، إستناداً إلى أن الزوجين لم يقدما شهاده توضح للقانون الأمريكى ، على الرغم من أن محكمة أول درجة قد قدمت لها المراجع التى توضح ذلك .

ومن ذلك أيضاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ

---

(١) د./ عبد الباسط جميعى - نظام الإثبات من القانون المدنى المصرى - الطبعة الأولى سنة ١٩٥٣ - مكتبة سيد عبد الله وهبه ص ٧٩ .

(٢) - R. LEGEAIS Op. cit. P. 353 .

(٣) - Cass civil 25 avr. 1950 . d. 1950 . P. 361 .

١٩ أكتوبر سنه ١٩٧١[1] ، والتى إستعانت فيه بخبير ، لدراسة نظام الزواج المسمى "Ketouba" ، والذى يسود النظام اليهودى فى المغرب وتونس ، وطبقت القانون الفرنسى بصفة مؤقته إلى أن وصل اليها تقرير الخبير، والذى إستطاعت بمقتضاه من الوقوف على مغزى هذا النظام الذى يخضع للشريعه الموسيه ، التى تنظم آثاره ، وتنص على إنتقال تركه زوج الأم إلى الأولاد الزكور ، مع إعطاء الأم حق الخيار بين أمرين إما حق إسترداد مهرها ، وإما حقها فى طلب نفقه من التركة فقط ،مقرره للأم حق النفقه فى مواجهة أولادها الذكور .

– وفى الرقت المعاصر تطور النظام التقليدى لإدراك القانون الأجنبى ، حيث أنه فى سنه ١٩٦٨ وقعت الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بنشر القانون الأجنبى ، ثم بعد ذلك إنشاء وزير العدل الفرنسى مكتب مختص بالتشريعات الأجنبية ، ثم أنشأت فرنسا حديثا مركز إعلامى للقانون الأجنبى يمد القاضى بالمعلومات اللازمة عنه ، وهذا هو ما جعل القاضى الفرنسى يتجه إلى العالمية ويفضل الرجوع إلى القانون المقارن[2] .

- اما عن موقف القضاء المصرى :

فقد كانت المحاكم المختلطه تجرى فى البدايه على القاء عبئ إثبات مضمون تاقانون الأجنبى والتمسك بطبيقه على عاتق الخصوم . فقد قررت محكمه الإستئناف المختلطه فى أحد أحكامها أنه « لا يصلح لخصم أن يتمسك أمام المحاكم المختلطه بقانون أجنبى الا إذا أمكنه أن يثبت وجوده

(١) - Cass Civil 19 Oct . 1971 . D . 1972 . P. 633 .

(٢) - R. LEGEAIS Op. cit. P. 353 .

ويبرز نصوصه »[1] .ثم إتجه قضاء المحاكم المختلطه بعد ذلك إلى الزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه [2] .

ثم عادت المحاكم المصريه [3] بعد الغاء المحاكم المختلطه إلى الآخذ بالآتجاه السابق فقد قررت محكمة النقض [4] « أن ماآثاره الطاعنان من القول بمخالفة الحكم المطعون فيه للتشريع اليونانى- الواجب التطبيق - ومن أن يكون الحكم المطعون فيه عن التحدث عن ذلك يجعله قاصر الأسباب ،فإنه مرووكذلك بأن الطاعنين لم يقدما صورة رسمية لهذا التشريع الأجنبى نماف الطعن ولا ترجمة رسميه له ، والتمسك بتشريع أجنبى أمام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ولا يغنى فى إثباتها تلك الصورة العرفية التى أستند اليها الطاعنان بملف الطعن مما يتعين معه رفض هذا الوجه» .

وقضت فى حكمها الصادر فى ١٤ إبريل سنه ١٩٧٠ [5] . « بأن الآستنادإلى قانون أجنبى ، هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ، ولما كانت الطاعنة لم تقدم

---

(١) أشار الى هذا الحكم د./ عبد الحميد أبو هيف - القانون الدولى الخاص فى أوربا وفى مصر - سنة ١٩٢٤ - ص ٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٢) د./ فؤاد رياض ، ساميه راشد - الوسيط فى القانون الدولى الخاص - سنة ١٩٧٤ - الجزء الثانى - ص ١١٢ .

(٣) د./ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الثانى - سنة ١٩٥٦ - دار النشر للجامعات - ص ٤٥ ، هامش ١ .

(٤) حكم محكمة النقض ٧ يوليو سنة ١٩٥٥ - مجموعة محكمة النقض المدنية - س ٦ ق - العدد الثالث ص ١٣٤٧ .

(٥) حكم محكمة النقض ١٤ / ٤ / ١٩٧٠ - مجموعة أحكام النقض المدنية - س ٢١ ق - العدد الثانى - ص ٥٩٨ .

مايثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فانه يكون سببا جديداً لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض » .

من كل ما سبق يتضح لبا أن اللجوء إلى القانون المقارن ، وبصفة خاصة من قبل المحاكم ، أصبح إسلوباً فعالاً فى حل الكثير من المشاكل الدولية والوطنية ، ولهذا فقد أدرك الفكر الأوربى لأهمية هذا القانون ، وقام بانشاء المراكز الخاصة بدراسة هذه القوانين الأجنبية ، والوقوف على مغزاه بحيث تصبح سهلة وميسورة وفى متناول يدى القضاه . ولهذا ننـاشـد وزارة العدل المصرية أن تقوم بأنشاء مراكز من هذا النوع تمديد العون للقاضى . وهو بصدد الفصل فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، وخصوصا مع عنصر الإنفتاح الإقتصادى الذى نعيشه ، وكثرة المشاريع والشركات المشتركة ، التى تنشأ على الإقليم المصرى .

المبحث الثالث:

إستعانة القاضى المصرى بالفقه الإسلامى

اذا لم يجد القاضى نصاً يحكم النزاع المعروض عليه ، فانه يرجع إلى العرف، فاذا لم يسعفه فى الوصول إلى حل هذا النزاع ، فأنه يرجع إلى مبادئ الشريعه الإسلاميه [١] ، ويحاول أن يستقى منها هذا الحل فالشريعة الإسلامية بما تتضمنه من مبادئ ، وبما تتصف به من مرونة فى تطبيق قواعدها ، تلعب دوراً كبيراً يساهم فى حل العديد من المشاكل القانونية التى لم يتناولها المشرع بالتنظيم كما أنها من خلال مبادئها الأساسية تتسع لتشمل مايستجد على ظهر المجتمع من تطورات ، وما يحدث فيه من منازعات إجتماعيه [٢].

ونظرا لأهمية هذا المصدر بالنسبة للقضاء المصرى فاننا سنعرض له من خلال أربعة فروع :

الفرع الأول : - المقصود بتعبير الشريعة الإسلاميه .

الفرع الثانى : - العقبات التى تواجه القاضى عند رجوعه إلى الشريعه الإسلاميه .

الفرع الثالث : - مظاهر مرونة الشريعة الإسلامية .

الفرع الرابع : - كيف يستفيد منها القاضى فى تحقيق العداله .

---

(١) المادة الأولى من القانون المدنى - القانون المدنى وفقا لآخر التعديلات - إعداد د/ محمد عرفه - الطبعة الأولى ص ٦ .

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الحديث ، حيث يقول « وهذه هى الشريعة الأسلامية لو وطئت أكنافها وعبدت سبلها لكان لنا فى هذا التراث الجليل ماينفع روح الاستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى تشريعنا ، ولأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد لنضىء به جانباً من جوانب الثقافة العالميـة » .

المطلب الأول:

المقصود بالشريعة الإسلامية

يقصد بتعبير الشريعة الإسلامية هنا معناه القانونى كمرادف للفقه الإسلامى ، وليس مرادفا لما شرعه الله سبحانه وتعالى فى كتابه الكريم وأكملته السنة الصحيحه . فبالإجتهاد إنفتح الفقه الإسلامى على المستقبل وسار أداة للتطور [1] .

- ومعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية تعتبر القاعدة القانونية واجبة التطبيق إذا لم يوجد عرف بالنسبة للمعاملات ، أما مسائل الأحوال الشخصية فيحكمها الدين ، والدين يشمل الشرائع السماوية الثلاثه حيث تطبق « شريعتهم » على هذه العلاقات . أما إعتبار التشريع الإسلامى مصدرا للقانون فى مسائل المعاملات فيقصد به أن تطبق أحكامها على كافة المصريين بصرف النظر عن ديانتهم طالما أننا بصدد مسألة تدخل فى نطاق المعاملات ولم يوجد بصددها تشريع أو عرف . فلو أثيرت مسألة متعلقة بعقد بيع أو إيجار ولم يوجد حل للنزاع فى التشريع أو العرف فان الشريعة الإسلامية تطبق لحل النزاع حتى ولو كان أطراف النزاع من غير المسلمين .

فلا يجوز إعمال قواعد الشريعة الإ اذا لم يوجد نص تشريعى أو عرف . فلا يجوز للقاضى أن يأخذ بقاعدة شرعية دون نصوص القانون المدنى بغير الأسباب الذى دعته إلى الأخذ بها .

---

(١) د./ محمد يوسف موسى - أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى - طبعة سنة ١٩٥٦ - ص ٩ ، حيث يقول « جرى العمل فى كليات الحقوق بالجامعات المصرية على اطلاق كلمة الشريعة الاسلامية على الفقه الإسلامى على انها مرادفه .

- أما إذا كانت الشريعة الاسلامية هي المصدر الرسمي واجب الإتباع لعدم وجود نص أو عرف فان المحكمة تكون ملزمة بتطبيق أحكام الشريعة ولا يجوز لها أن تخالف حكما من أحكام الشرع كان واجب الآخذ به فى الدعوى وقضت محكمه النقض انه إذا كان أى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، والقانون رقم ١٨٠ لسنة١٩٥٢ اللذان يتعلقان بالوقف لم يعرضهما لحكم الوقف سواء كلن مطلقا مضافا فيبقى الآمر فيها لأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفه وكان الإتفاق عند الأحقاف على أن كلا من الوقف المطلق بالموت والوقف المضاف اليه غير لازم فى حياه الواقف ويكون لازما بعد موته فانه لا محل للحاجه بنصرص القانون المدنى فى هذا السبيل والقول بنفاذ الوقف رغم تأجيله [1] .

- وقررت محكمه النقض [2] أنه لا يجوز الرجوع إلى المذهب الحنفى فى مسائل الوقف فى الاحوال التى ينص فيها قانون وضعى على قواعدخاصه واذا صدرت تشريعات متعاقبه خاصه بالوقف فأنها تكون واجبه التطبيه ولايلجأ إلى فقه الحنفيه الإعند سكوت هذه التشريعات عن مواجهة حالة معينه .

- ويثور التساؤل عن المقصود بالشريعة الإسلامية كمصدر للقانون ، ويرجع التساؤل إلي أن الشريعة الغراء تتضمن مذاهب فقهيه متعددة أهمها المذاهب الفقهيه الأربعة . حقا هذه المذاهب ليست الإمذاهب فقهية أو مدرسيه . وليست مذاهب دينيه أى لاتتعلق بالعقيدة مثلما توجد عليه

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/١١/٢٦ والمجموعة سنة ١٩٧٥ ص ١٤٩٢ .
(٢) نقض مدنى ٤ / ٢/ ١٩٧٦ - المجموعة - ص ٣٨٦ .

المذاهب المسيحية . ولكن هذه المذاهب تختلف فيما بينها بالنسبة للحلول التفصيلية الخاصة بما تتعرض له من مشاكل . فأى هذه المذاهب يختار القاضى ؟

يرى أحد الفقهاء [1] أن القانون فى مسائل الاحوال الشخصية يفرض على القانون أن يأخذ بارجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان . فما هو الوضع فى مسائل المعاملات ؟ هل يتقيد القاضى بمذهب معين أم يفصل طبقا للقواعد الكلية للشريعة ؟

-لقد أثيرت هذه المسألة صراحة أثناء وضع القانون المدنى ، فقد كان المشروع النهائى للقانون يقرر إعمال « مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين » [2] .

وذهب رأى [3] إلى أن الإحالة على مبادئ الشريعة دون التقيد بيمذهب معين من شأنه أن يحدث إضطراباً بين الآحكام لإختلاف المذاهب وإقترح أن تكون الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بغير قيد وحذف عباره الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين لأن جوهر مبادئ الشريعة ولاخلاف فيه فهو لايختلف باختلاف مذاهبها .

ورد السنهورى على ذلك بقوله أن المادة تتكلم عن مبادئ الشريعة أى كلياتها وهى ليست محل حلاف بين الفقهاء وطلب الإبقاء على الفقرة على أصلها لإحتمال أن تتعارض مبادئ الشريعة مع القانون ، فلايؤخذ منها فى

(١) د./ حسام الأهوانى - المدخل لدراسة القانون - طبعة سنة ١٩٨٠ - دار النهضة العربية - ص ٢٨٢ .

(٢) الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد - جـ ١ - ص ١٨٩ .

(٣) أنظر د./ حسام الأهوانى - المرجع السابق ص ١٨٦ ، حيث أورد هذا الرأى بالتفصيل .

هذه الحالة الإما كان أكثر ملائمة للقانون ، فالذى يطبق من الشريعة المبادئ العامة دون الحلول التفصيليه .

ولكن حذفت فكرة الملائمة لأنها مفهومة دون نص عليها لأن مبادئ الشريعة لن تطبق إلا فى حالة سكوت التشريع بنصه أو بروحه .

وعلى هذا فان القاضى يرجع إلى المبادئ العامة أى الأصول الكلية للشريعة ودون تقيد بمذهب معين فليس المقصود هو الرجوع إلى الأحكام التفصيلية التى تختلف فيها الآراء من مذهب إلى مذهب ، وإنما الاخذ بالمبادئ العامه التى تتفق مع أصول القانون المدنى حتى لايفقد القانون المدنى تجانسه .

- ويعتقد البعض [1] أن الشريعة الإسلامية بهذه الصورة لم ولن تلعب دوراً فى نظرية مصادر القانون المصرى .

فبالرجوع إلى مجموعات القضاء لم يعثر على حكم واحد طبقت فيه الشريعة الاسلامية كمصدر . فالقاضى اذا لم يجد نصا فى التشريع أو حلا فى العرف فهو غالنا لن يجد حلا فى الشريعه ومن ثم سيطبق أحكام القانون الطبيعى وقواعد العداله . فالعرف قد استغرق إلى حد كبير العديد من أحكام الشريعة . فأحكام الشريعة الإسلامية دخلت ضمير الجماعة بحيث أصبحت الكثير من أحكامها عرفاً للمصريين بصرف النظر عن ديانتهم ، بل يمكن القول أن الذى دخل فعلاً فى العرف هو المبادئ الكلية العامة للشريعة دون الحلول التفصيليه ، فاذا كان المقصود بالشريعة الإسلاميه هو المبادئ العامة الكلية فان مجال إعمالها سيكون محدود

(١) د./ حسام الأهوانى - المرجع السابق - ص ١٨٣ .

للغاية ، ولهذا فان الطريقة المثلى لتغلغل الشريعة فى القانون هى أن تكون الشريعة مصدراً للتشريع ، كما فصل الدستور المصرى وهذا من شأنه أن يؤدى إلى رفع مكانة الشريعه الإسلاميه بين المصادر المادية للتشريع . فنص الماده الثانيه من الدستور ليس واجب الإعمال بذاته وإنما هو دعوة للشرع بأن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، فلا يجوز الخلط بين إلتزام القضاء بتطبيق القانون الوضعى وبين إشتراع القواعد فى حدود ولايته .

المطلب الثانى:

المشاكل التى تواجه القاضى عند الإستعانه بالشريعة الإسلامية

إن هناك بعض المشاكل التى يمكن أن تواجه القاضى عند رجوعه إلى الشريعة الإسلاميه أرى لزاماً على أن أوضحها فى النقاط الآتيه : -

أولا : - أولى هذه المشاكل أن القاضى كثيراً ما لايجد فى المؤلفات التى يسوغ له الرجوع اليها مواجهة صريحه لما يعرض أمامه من وقائع جزئيه ، أو يجد هذه المواجهة فيها لا تأخذ بعين الإعتبار الظروف الجديده التى نعرض فيها لهذه الوقائع مما يوقفه فى كثير من الحرج ، ونضرب لأمثله قديمه وحديثه توضح ذلك :

١ - من الأمثلة القديمة ، والتى واجهت القضاء ، على سبيل المثال ، عقد الوقف ، فهذا العقد لم يرد به نص صريح فى القرآن أو السنة، ولم يوجد له نظير يقاس عليه ، ولذلك فقد تأرجح الفقهاء بين قياس هذا العقد على البيع ، وقياسه على الإيجار ، وإنتهى بهم الأمر إلى الإلتجاء إلى الحل الثانى ، وهم بصدد البحث عن القاعدة التى تحكم حقوق الإرتفاق ، ومدى إلحاقها بعقد الوقت .

وأيضاً : عقود بيع الإستصناع وبيع المزارعة ، والعقود الحرفية . فهذه العقود تصطدم مع النص القائل « لا تبع ماليس عندك » ، حيث أنه يؤدى إلى بطلان عقد البيع لإنعدام الشيئ المبيع .

والحكمه من ذلك .. هو تفادى إنتشار المنازعات ولكن مع تواجد هذا النوع من البيوع ، وإقراره من قبل الإعراف بين التجار أدت إلى إستثناء هذا النوع من البيوع ،وذلك لإنتقاء الحكمه من النص لعدم وجود منازعات بين التجار تتعلق بمثل هذه الأنواع من العقود [1] ناهيك عن العقود المستحدثه ، والتى أخذت أبعاداً جديده على أثر الثوره الصناعية والعمرانيه كعقد التأمين والمناولة ، وعقد العمل ، وعقد البيع بالجدك ، وعقد التأجير بالجدك ، وعقود نقل التكنولوجيا ....الخ .

٢ - ومن الأمثلة الحديثة على ذلك : فى نطاق الأحوال الشخصيه - مسألة مشاركة الزوجة فى عبء الأسره ، ولا سيما مع ظروف الحضارة المدنية ، وخروج المرأة إلى العمل . فاذا كانت الشريعة الإسلامية ترمى بهذا العبء على الزوج عملاً بقوله تعالى : «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم » . فإن ظروف المجتمع الحالى تدفع الى تغير وجه المسألة ، مما يستوجب معه على القاضى البحث عما يوافق زماننا على ضوء مقاصد الشريعة ، لوضع القاعدة التى تسمع له بأن يلزم المرأة الموسرة بالإنفاق إلى جانب زوجها على أولادها ، وإلا سوف يصل الأمر إلى إنكار حقوق هامة للأولاد على آباءهم .

ثانيا : - وثانى هذه المشاكل هو وجود فرصة كبيره لإختلاف الأحكام فى الوقائع المتماثلة ، فكل قاضى يرجع إلى ما ينيسر له من الكتب

---

(١) د./ عمر القاضى « احياء الإجتهاد فى الثقافة الإسلامية » - دار النهضة العربية طبعة سنة ١٩٩٣ - ص ١٨٤ .

المعتمدة وكل هذه الكتب يحوى بين دفتيه العديد من الآراء المتباينة على نحو يجعل حظ كل متقاضى متوقفا على قاضيه من حيث مايرجع إليه وما يترجح لديه ، وهذه المشكلة لا يخفف من حدتها الا إتاحه الفرصة للتعقيب على الأحكام أمام هيئة قضائية عليا تعمل على توحيد الأحكام المطبقة فى الوقائع المتماثلة [1] .

- ورُبَّ قائل أن إختلاف الأحكام فى الشريعة الإسلامية لايتنافى مع جوهر الشريعة الإسلامية ومقاصدها ، إن لم يكن مقصود الذاته لمايوفره من مرونه فى التطبيق وإستجابه لتباين الحاجات . غير أن الواقع أن الإختلاف الذى ننبه اليه شيئ والإختلاف المقصود فى الشريعة الإسلامية شيئ آخر. فاالاختلاف الأول هو إختلاف الأقضيه فى الوقائع المتماثلة رغم تساويها فى الظروف . أما الإختلاف المقصود فى الشريعة فهو الإختلاف فى الأحكام باختلاف ظروف الوقائع التى تشرع لها هذه الأحكام تبعا لتفاوت البيئات

---

(١) ولعل أطرف مافى هذه المشكلة أنها قديمة قدم نشأة الفقه الإسلامى وتكون مدارسه وأن الزمن لم يذيدها الا تعقيدا ، ولقد كشف عنها ابن المقفع فى جرأة وصراحه ووضوح منذ القرن الثانى للهجرة حينما وجه للخليفة رسالته التى يقول فيها « ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصريين وغيرهما من الأنصار والنواحى اختلاف هذه الأحكام المتناقصه التى قد بلغ اختلافها أمرا عظيما فى الدماء والفروج والأموال فيستحل الدم والفرج بالحيره وهما يحرمان بالكوفه ويكون مثل ذلك الإختلاف فى جوف الكوفه فيستحل فى ناحية منها مايحرم فى ناحية اخرى » واذا كان هو الحال فى زمن بن المقفع فان لنا أن نتصور أبعاد المشكلة فى القرن العشرين بكل ماوصل اليه العمران من اتساع وتقدم وما أحدثته المواصلات الحديثة من حركة للأنفس والأموال وما وصلت اليه العلاقات الإجتماعية من تعقد وتشابك وتداخل .

أنظر د./ مصطفى محمد الجمال ، د./ عبد الحميد محمد الجمال - النظرية العامة للقانون سنة ١٩٨٧ ص ٢٤٥ - دار المعارف - الاسكندرية .

باختلاف الأمكنة وإختلاف الطوائف والجماعات ، وهذا الاختلاف أخذ فى التلاشى - على الأقل داخل المجتمع الواحد - مع سقوط الحواجز أمام إنتقال الأفراد والأفكار والعادات فى العصر الحديث على نحو لانكاد نلمس معه فارقاً واضحا بين المناخ الحضارى الذى يعيش فيه فرد والمناخ الذى يعيش فيه فرد آخر داخل نفس المجتمع مهما بعدت المسافة بين موطن كلا منهما وما يمتهنه من حرفة أوعمل .

ثالثا : - وثالث هذه المشاكل هو ما يمكن أن يكون هناك من صعوبة فى التطبيق ، فالقاضى عليه أن يبحث عن الحكم المطلوب فى بطون كتب الفقه ، وهذه كثيراً ماتأخذ صورة معقده .تبدأ بمتون مختصره ترد عليه شروح وحواشى وتقريرات وتعليقات مختلفة ،وهى كثيراً ماتوجه همها إلى البحوث اللفظية على نحو يؤدى إلى تقوية المعانى المطلوبه .

- هذه هى المشاكل التى يمكن أن تواجه القاضى وهو بصدد تطبيق لقواعد الشريعة الإسلامية ، ولكن هذه المشاكل يمكن التغلب عليها من جانبه وذلك بكثرة الإطلاع على كتب الفقه والتركيز على المراجع والمؤلفات التى تهتم بتفصيل الأصول الكلية والمبادئ العامة للشريعة الإسلاميه حيث أن القاضى في حكمه يجب أن يعمل دائما على تحقيق المصلحه العامة للمجتمع .

ويستطيع أن يستفيد من مظاهر المرونة والرحابه التى آتت بها الشريعة الإسلاميه ، وهـــو مانعرض له فى الفرع الثالث ..

المطلب الثالث:

مظاهر مرونة الشريعة الإسلاميه

- فأما المرونة فلا يمكن أن ينكرها من له دراية بمصادر الشريعة الإسلامية ، ومصداقا لذلك نلاحظ أن النصوص من ناحيه أولى قليله فى مجال المعاملات على نحو يترك مجالا فسيحا لعمل المصادر السلوكية كالعرف والعادات ، والإجتهاد يه كالقياس والإستصلاح ، وهى من ناحية ثانيه غالبا ما تقتصر على الأصول العامة التى يترك تفصليها لهذه المصادر على ضوء الحاجة ، وهى من ناحية ثالثه ظنية الدلالة فى أغلب الأحيان على نحو يمكن من تخصيصها فى موضوع الحاجة إلى الإستثناء من عمومها وإطلاق أحكامها باتباع هذه المصادر السلوكية والإجتهاد به ذاتها على بحو مانعرفه فى شأن الإستحسان ودوره وصوره وهذا كله مايتضح منه أن النصص قد ترمت قصداً منطقه واسعه لكى تملأها المصادر المشار اليها مما هو أصلح للناس وأليق بزمانهم وحالهم ولذلك يسميها البعض « منطقة العفو » آخذا من قوله عليه السلام « ما أحل الله فى كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو . فاقبلوامن الله عافيته فان الله لم يكن لينس شيئا » وأما الرحابة فهى فى الواقع ملازمة للمرونة وناشئة مثلها عن طبيعه مصادر الشريعة . فما لا نص فيه يمكن قياسه على ماورد به النص ، وما لا نظير له فى النصوص يمكن بناءه على المصلحه الحقيقيه العامه المشروعه ولو لم يكن هناك نص مباشر على إعتبار هذه المصلحه ، وغنى عن البيان أن هذه الأخيره يمكن أن تستوعب كل مايحتاجه القانون حاجه حقيقيه من أحكام على إختلاف المكان والزمان .

فالشريعة الإسلامية تضمنت العديد من المصادر ، التى يستطيع

بمقتضاها القاضى أن يفصل فى كثير من المنازعات التى تستجد ، فالى جانب المصادر الأساسية (الكتاب - السنة النبوية) يوجد العديد من المصادر الشرعية التى تعتمد على الإجتهاد مثل القياس ، الإستحسان ، و الإستصحاب ، والمصالح المرسلة وهذه المصادر تدرس بقسم الليسانس ولذلك لن أخوض فى تفصيلها .

والى جوار ذلك يوجد العديد من القواعد الفقهية الأجرائية التى تمد يد العون للقضاء ، وذلك بغية الفصل فى العديد من المنازعات التى تعرض أمامه - واذا كانت هذه القواعد تحتويها معظم كتب الفقه الإسلامى ، فاننى سأحاول عرضها بطريقة عملية ، وذلك على النحو التالي : -

اولا : قاعدة الامور بمقاصدها :

ومعنى هذه القاعدة ان اعمال الشخص وتصرفاته القوليه والعملية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية المترتبة عليها بأختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال ومايتبعها من آثار .

وأصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرئ مانوى » ، فهذه القاعدة تفيد بأن نية الشخص وقصده أساس فى صحة العمل واعتباره وقبوله ، ولذا ارتبطت الأعمال بمقاصدها .

وهذه القاعدة يمكن للقضاء أن يستفيد منها وهو بصدد تفسير العقود ، حيث أنها تجنبه الاعتماد على الألفاظ الموضوعة لغة لكل عقد من العقود .

ولذا قالوا (١) فى معنى قاعدة الأمور بمقاصدها « العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى .

ويقول ابن تيميه فى قواعده « ان العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل وبكل ما عده الناس بيعا أو اجاره ، فان اختلف اصطلاح الناس فى الألفاظ والأفعال إنعقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصبغ والأفعال وليس لذلك حد مستقر لا فى شرع ولا فى لغـــة ، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تنوعت لغاتهم ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الإصطلاحات فى المعاملات فلا يحرم عليهم التعاقد بغير مايتعاقد به غيرهم اذا كان ماتعقادوا به والا على مقصـــودهم » (٢) .

- فهذه القاعدة تفسح المجال للقضاء فى تفسير العقود ، والوقوف على الإرادة الحقيقية للأطراف ، وتجيز لهم تكملة العقود ، وسد ما بها من ثغرات ، وتشـــييد ارادة الطرفين اذا كانت صياغة العقد لاتتفق وقصدهم .

ثانيا : - قاعدة اليقين لا يزول بالشك :

ومعنى هذه القاعدة انه اذا كان هناك أمر من الأمور ثبت ثبوتا بطعيا ، ثم طرأ الشك على تغييره بعد ذلك ، لايعمل بالشك الطارئ ويبقى الأمر المتقين هو المعتبر الى أن يتحقق السبب المزيل .

وهذه القاعدة الأصولية يتفرع عنها قواعد ثلاث : -

(١) المجموع شرح المهذب - محى الدين يحيى بن شرف (النووى) - مطبعة المنيرية - ص ٩ ص ١٧٢ .

(٢) القواعد النورانية الفقهية - أحمد بن عبد الرحيم (بن تيمية) مطبعة السنة المحمدية ص ١٠٥ .

الأولى : لاعبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح :

وتعنى هذه القاعدة ، فى مجال العقود على سبيل المثال ، أن العبرة فى العلاقات التعاقدية هو بما يصرح به المتعاقدين حتى ولو دل العرف على خلاف ذلك . وهذا مايتفق مع ماقاله عز الدين بن عبد السلام [1] من قواعده « وعلى ذلك تتقيد جميع العقود بما يتفق عليه المتعاقدان اذا وافق المقصود من العقد شرعا ولا عبرة للدلالة العرفية لأن العقد شريعة المتعاقدين فأصبح ما أشتمل عليه العقد يدل يقينا على المقصود .

وهذه القاعدة تضع أمام القضاء مبدأ هاما فى المجالات التعاقدية ، وهو انه اذا كانت ارادة المتعاقدين المنصوص عليها فى العقد واضحة وصريحة فى الدلالة على قصد المتعاقدين ، فانه لايجب عليه أن يهدر لهذه الإرادة بدعوى مخالفة العرف لها ، اللهم الا اذا كان مضمون العقد مخالفا للنظام العام .

الثانية : قاعدة لاينسب لساكت قول ولكن السكوت فى معرض الحاجة الى البيان ببيان :

ومعنى هذه القاعدة ان الساكت لايعتبره تكلما لأن عدم القول هو المتيقين ، و دلالة السكوت مشكوك فيها مالم تدعمها قرائن مرجحه .

فهذه القاعدة يمكن أن تستفيد منها القضاء فى العديد من المجالات ، منها علي سبيل المثال اعتبار سكوت البنت فى النكاح بمثابة اذن للأب والجد في عقد النكاح ، اذ يغلب على الفتيات الابكار الخجل والحياء فلا يبدين رغبتهن ، فيلجأن الى السكوت بينما لايسكتن ولايخجلن من اظهار

(١) د / السيد صالح عوض - أثر العرف فى التشريع الأسلامى - دار الكتاب الجامعى - بدون تاريخ - ص ٤٦١ .

الرفض سواء بالصراخ أو البكاء ، ويقاس على ذلك ماإذا زوجها وليها فضولا من غير اذنها ، ثم بلغها الخبر فسكتت ، اعتبر سكوتها بعد العقد دلاله على الرضى ، كما اعتبر سكوتها عند استئذانها اذنا منها .

- ويمكن للقضاء أن يستخدم هذه القاعدة فى بيع ملك الغير ، حيث ان من يرى غيره يتصرف فى ماله أو بعضه بالبيع والشراء ثم سكت من غير عذر أو مانع يمنعه من القول أو الدعوى بأن هذا ملكه أو ماله ، فان هذا يعتبر اذن له بالتصرف . ويمكن له أن يستخدمها فى مجال الشفعة ، حيث أنه اذا باع الجار أو الشريك عقاره أو حصته ، وكان المستحق للشفعه موجودا وسكت بلا عذر يمنعه من المطالبه بحقه فى الشفعه ، ومضت مدة تدل على رضاه بالبيع فليس له الرجوع بعد ذلك والمطالبه بحقه فى الشفعة ، لأن سكوته فى هذه المدة يعتبر نزولا منه عن حقه [1] .

الثالث : الأصل فى الكلام الحقيقة :

هذه القاعدة من القواعد المتفرعة على قاعدة اليقين لا يزول بالشك وذلك لأن المعنى الحقيقى للفظ هو المتيقن الا اذا أخرجه العرف والاستصحاب عن معناه الحقيقى .

وهناك قواعد أخرى تعد تطبيقا لها مثل قاعدة « إعمال الكلام خير من اهماله » « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » ، فالممتنع حقيقة هو الذى لايمكن وقوعه ، ولهذا لايمكن الإدعاء بل يرد ، كمن ادى على مساويه سنا انه ابنه أو أبوه ، فكلما لايقبل هذا الإدعاء لإمتناعه حقيقة ، لايقبل الممتنع فى العادة و العرف وقوعه .

---

(١) الأشباه والنظائر - جلال الدين (السيوطى) - مطبعة الحلبى - ص ١٤٢ .
المدخل الفقهى العام - مصطفى الزرقا - مطبعة جامعة دمشق - جـ ١ ص ٩٣٩ .

ويمكن للقضاء أن يستعين بهذه القاعدة في مجال الإثبات ، مثل اثبات النسب ومما يترتب عليه من آثار ، واثبات أصل المال الدائن به أحد الأفراد لشخص ما اذا ماكان الدائن معروفا بفقرة بين الناس، حيث أن دعواه لاتقبل مالم يثبت مصدر هذا الدين الذى ادعاه ، كأن يكون قد تلقاه بادث أو غيره وهو لايعلم [1].

ثالثا : قاعدة المشقة تجلب التيسير :

هذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى التى تعتبر من أسس الشريعة الإسلامية عند جميع المذاهب ، لأن أحكام الشريعة الإسلامية مبينة علي اليسر ورفع الحرج الناشئ عن المشقة والعسر .

والمراد بالمشقة التى تدعو الى التخفيف والترخيص هنا المشقة غير المعتاده والمجاوزه للحدود العادية ، أما المشقة العادية التى تستلزمها التكاليف وأداء الواجبات والقيام بما تقتضيه أمور الحياة ومصالح الناس منها لكى يعيشوا عيشة طيبه فلا بد منها فى كل أمور الحياه ، ولا تنفك عنها التكاليف الشرعية من أمر ونهى ، مثل مشتقات العمل واكتساب الرزق والصلاة والصوم .

أما المشقات الخارجية من العادة وطبيعة العمل والانسان فهذه لمجاوزتها الحد تجلب التيسير والتخفيف .

- ويمكن للقضاء الإستناد الى هذه القاعدة فى العديد من

---

(١) الأشباه والنظائر - السيوطى - المرجع السابق ص ٦٢ ، ١٢٨ .

الموضوعات ، مثل جواز بيع الموصوف في الذمة كا السلم ، وذلك على خلاف القياس دفعا لحاجة المفاليس مع النهى عن بيع الغرر ، ومشروعية الخيار في البيع لما له من أهمية في التعامل بين الناس .

ويمكن للقضاء أن يسند اليها في مسألة مشروعية الرد بالعيب والاجارة والمساقاه والعاريه والتقرض والوديعه ، لما لها من مشقة تترتب على « أنه لاينتفع كل أحد الا بما يملك ولايستوفى شيئا الا ممن عليه حقه ولا يأخذه الا بكماله » .

الا أن الشارع وفقا للمشقة والحرج وجلبا للتيسير سهل الأمر بإباحة الإنتفاع بملك الغير بطريق الإجاره أو الإعاره أو القرض ، وغير ذلك مما رخص الشارع فيه لعموم البلوى والحاجه التى تستدعيها أمور الناس ليحيوا في بساطه بلا عنت أو حرج يرهق المكلفين [١].

رابعا : قاعدة الضرر يزال :

ومعنى هذه القاعدة « أنه يجب نفى الضرر نفيا باتا ، سواء كان عاما أو خاصا ، وذلك اذا كان قد وقع ، ووقفه وقبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنه .

ومن القواعد التى ترتبط بهذه القاعدة «الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها ، وقد قيدتها قاعدة (الضرورة تقدر بقدرها) .

- وهذه القاعدة ، يمكن أن يعتمد عليها القضاء في الكثير من الموضوعات ، مثل الرد بالعيب ، وجميع أنواع الخيار من اختلاف الوصف المشروط والتعزير ، وافلاس المشترى ، والحجر بأنواعه ، والشفعه لأنها

(١) د./ السيد صالح عوض - المرجع السابق ص ٤٦٧ .

شرعت لدفع ضرر القسمه ، وضمان المتلف ، وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار وغير ذلك [1] .

خامسا : قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة :

وتعنى هذه القاعدة ، أن الأحكام التشريعية الاستثنائيه لايقتصر على حالة الضرورة الملجئه بل ان حاجات الجماعة تستدعى دفع العسر والمشقة ، ولذا يكون لها بعض الأستثناء والترخيص .

وهذه القاعدة تفتح المجال أمام القضاء للإجتهاد فى الكثير من المسائل الشائكه ، مثل اجازة الإستصناع ، والسلم ، والإجاره ، وذلك على خلاف بيع المعدوم وذلك لتعارف الناس عليها وحاجتهم اليها وجواز بيع الثمر بعد بدو صلاحه ، وبيع الثمار التى تتلاحق فى الظهور متى بدا صلاح بعضها ، وان كان معظمها معدوما مالم يبد بعد نظرا للحاجة الى بيعه ، وجواز بيع الموبيليا التى لم يتم تصنيعها لحظة ابرام العقد ، وجواز بيع الوفاء - وهو بيع المحتاج الى النقد عقارا على أنه متى رد البائع الثمن استرد العقار - وجواز بيع الآلات مثل تصنيعها لما فيه من تيسير على الناس ، وجواز بيع التقسيط ...... الخ [2] .

سادسا : تغيير الأحكام لتبدل الأحوال :

عندما نتحدث عن تغيير الأحكام لتبدل الظروف وتطور المجتمع وتجدد الحاجات ، فنحن لانقصد الأحكام المتعلقة بالعبادات . فهى أحكام ثابته لاتتغير مع تغير الظروف ، كما لانقصد أحكام المعاملات التى

---

(١) الأشباه والنظائر - السيوطى - المرجع السابق ص ٦٢ ومابعدها .

(٢) أنظر فى هذا : المبسوط للسرخسى - مطبعة السعادة جـ ١ ص ١٤٦ - رسالة العرف والعادة فى رأي الفقهاء للشيخ أبى سنه - مطبعة الأزهر - ص ٣٦ ، ٣٩ - المدخل الفقهى العام - للزرقا - المرجع السابق جـ ١ ص ٩٧٧ .

لاتتغير ولا تتبدل ومنها أحكام الزواج والطلاق وأنصبة الورثه والحدود المقدرة لبعض الجرائم .

ونقصد ماعدا ذلك من الأحكام التى تتغير بتغير المصلحة زمانا ومكانا وحالا .

ولايعنى تغير الأحكام تغير النصوص ، ولكن المقصود تغير تفسير هذه النصوص على ضوء الضروره وتغير العلل والعادات التى بنيت عليها ، أو انقضاء الشروط اللازمه لإعمالها [1] . فيتخطى القاضى حرفيه النص الى روحه والحكمه الكامنة خلفه ، فلا يعد من المخالفة لنصوص الشرع اذا عمل القاضى روحها أى طبقا لحكمتها ولم يقف عندحرفيتها اذ قضت المصلحة بذلك طالما لم يكن فى عمله مخالفه لأصل من أصول الإسلام ونمثل لذلك بسهم المؤلفه قلوبهم ، وكان لهم نصيب فى غنائم الحرب ، وقد أعطاهم الرسول ومن بعده أبو بكر الصديق هذه الغنائم ، وذلك استمالة و لهم واتقاء لشرهم [2] .

وعملا بالآية الكريمة «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين فى سبيل الله ، وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم » [3].

ولكن عمر رضى الله عنه لم يسر على ذلك ورأى أن الآية المشار اليها

(١) صبحى المحمصانى - المرجع السابق ص ١٩٩ .

(٢) الشيخ / عبد الرحمن تاج « السياسة الشرعية والفقه الإسلامى » - مطبعة الأميرية - ص ١٥ .

(٣) سورة التوبه : الآية رقم ٦٠ .

لم تشرع حكما عاما يعمل به فى كل زمان ومكان بل محكمة خاصة ولسبب لم يعد قائما ، وبين عمر ذلك بقوله « ان الله قد أعز الاسلام وأغنى عنهم » ، وفى ذلك يقول الشيخ / عبد الوهاب خلاف (١) « ان عمر فهم أن الهدف من الصدقات للمؤلفة قلوبهم كان لمصلحة خاصة زمنيه فى بدأ الإسلام ، وأن تغير الحال واعتزاز الإسلام لم يجعل فى تنفيذ هذا الحكم مصلحة ، فامتنع عن تنفيذه » .

فسهم المؤلفة قلوبهم لم يبطل بل توقف لزوال سببه إذ أنه يدور مع هذا السبب وجوداً وعدمًا ، فاذا جدت حاجة المسليمن الى تأليف بعض القلوب الغلف صح ان يصرف للمؤلفة قلوبهم على حسب مايمثل المصلحة (٢) .

ومن ثم كانت التفرقة بين مايعد تشريعا عاما ، وما يعد حكما وقتيا من الأهمية بمكان فهذه التفرقة بجانب فتح الإجتهاد تمثل عاملا مهما من عوامل مسايرة الشريعة الإسلامية لظروف الزمان والمكان دون تعارض مع الأصوال الرسخه للشريعة ، وفى هذا ينعى الشيخ / عبد الجليل عيس (٣)

---

(١) الشيخ عبد الوهاب خلاف « مصادر التشريع الإسلامى فيما لانص فيه » - محاضرات القاها على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية العالية - جامعة الدول العربية - مطابع دار الكتاب العربى بمصر - سنة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ص ٣٥٩ وما بعدها .

٢) الشيخ / عبد الرحمن تاج « السياسة الشرعية والفقه الإسلامى » - المرجع السابق - ص ١٥ .

٣) الشيخ / عبد الجليل عيسى « مالايجوز الخلاف فيه بين المسلمين » مجلة منبر الإسلام ، عدد رجب سنة ١٣٨٤ هـ - نوفمبر سنة ١٩٦٤ ميلاديه ص ٣٩ .

على الفقهاء عدم عنايتهم بالتحرى عن ظروف كثير من أوامر الرسول صلى الله عليه وسلم وارشاداته ، وهل المراد منها أن تكون تشريعا عاما دائما أو خاصا ببعض الناس دون البعض أو ببعض الظروف دون البعض . ويقول أبى يوسف قاضى قضاه بغداد وصاحب أبى حنيفة النعمان أنه اذا تغير العرف أو تبدلت العاده التى إنبنى عليها النص ترك الأخير واتبعت العادة الجديدة .

سابعا : تغير الأحكام للضرورة والحاجة [1] :

نفى الحرج ونفى العسر من المبادئ الحاكمه فى التشريع الإسلامى ، فهما يرفعان عن المشرع الكثير من العنت عند اعمال نص المادة الثانية من الدستور ووضعه موضع التنفيذ : تمثل المبدأ الأول الآية الكريمه « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » وتمثل الثانى الآية الكريمة « يريد الله بكم اليسر ، ولايريد بكم العسر » . فهذين النصين يجب أن تبقى سيطرتهما كامله على جميع التشريع الإسلامى ، فاذا وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة بمسألة من المسائل من شأنه أن يؤدى الى الوقوع فى الحرج كان واجبا الا تطبق النصوص الخاصة على تلك المسألة انما يطبق ذلك النص العام الموجب لنفى الحرج » .

ويرى البعض [2] أن العرف دليل الضرورة والحاجة ومن ثم يذهب الى حد ترك النص الخاص وتقديم العرف ، وفى هذا يقول الشاطبى « يترك النص الخاص ويؤخذ بالعرف لأن العرف دليل الضرورة والحاجة » .

---

(١) أنظر فى الموضوع تفصيلا : د./ وهبه الزحيلى « نظرية الضرورة الشرعية مقارنه مع الفقه الوضعى » - رسالة دمشق ١٩٦٤ . د./ حسين حامد حسان « نظرية المصلحه فى الفقه الإسلامى » رسالة القاهرة سنة ١٩٧١ .

(٢) الشاطبى - الموافقات - المطبعة التجارية - جـ ٢ - ص ٢٨٦ .

ويرى آخرون [1] أن الفعل المحرم يصبح مباحا لدى الضرورة والحاجة. وقد حدثت أمثلة كثيرة من الصحابة والتابعين في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ترك فيها النص مراعاة لإعتبارات الضروره والحاجه ، من ذلك إسقاط حد السرقة عام المجاعه ، ونهى الرسول عن قطع الأيدى فى الغزو « فهذا حد من حدود الله تعالى وقد نهى عن إقامته فى الغزو خشية أن يترتب عليه ماهو أشر منه » وإسقاط سعد بن أبى وقاص حد الشرب عن أحد جنوده فى موقعة القادسيه وذلك لبلائه الشديد فى الحرب » .

فتأخير الحد أو اسقاطه كان لمصلحة راجحه هى خير السملمين وأولى من إقامة الحد عليه » ومن ذلك أيضا ما رواه بن القيم عن علي رضى الله عنه عندما جئ اليه برجل اتهم بقتل آخر وشهدت عليه القرائن وأقر بجريمته ، فلما ذهب بالرجل للقصاص منه ، واذا بالقاتل الحقيقى يقدم نفسه طواعية معترفا ومقرا على نفسه فلم يقتص منه علي لأنه أحيا نفسا بريئه وودى القتيل من بيت المال ..

« وعدم موافقة الرسول عليه الصلاة والسلام على قتل من ظهر نفاقه وعمل على إحداث فتنه بين المسلمين وقال عليه الصلاه والسلام فى ذلك « أخاف أن يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه » فالكفر بعد الإيمان والسعى فى الأرض فسادا يوجب القتل الذى عدل عنه الرسول لمصلحة رآها وضرورة قدرها تتمثل فى الحرص على سمعة الحكم الإسلامى . ومن ذلك أيضا جواز دفع فوائد ربويه لغرض تمس حاجة الدوله اليه ، وجواز مبايعة المفضول فى وجود الأفضل فى حالة الضرورة منعا للفتنه - وجواز الإنتفاع بالمال الحلال الذى اختلط به الحرام وتعذر تميزه وذلك اذا عم الحرام ناحية

---

(١) د/ وهبة الزحيلى - المرجع السابق - ص ٢٨٠ .

من الأرض وتعذر الإنتقال منها وانسدت طرق الكسب الحلال ، اذ لو لم يبح الإنتفاع بمثل هذا المال مراعاة للضرورة ، والحاجة لتعطلت الأعمال وأدى ذلك الى الهلاك » .

- فلا شك أن رفض الحرج ونفى العسر ، والأمثلة السابقة لما وقع من الرسول وأصحابه الكرام ترفع عن المشرع كل حرج إيذاء النصوص التى قد تستلزم الضرورة أو الحاجة تجاوزها ولا سيما اذا كانت من النصوص الخاصة التى تحجبها القاعدة الكلية المتمثلة فى نفى الحرج ، ولا يقف الأمر عند هذا الحد بل أن هناك الكثير من الأحكام التى شرعت لمصالح كانت معتبره ، فلما تبدلت المصالح كان من اللازم أن تتبدل الأحكام .

- من هنا نجد أن الشريعة الإسلامية لديها من وسائل المرونه مايجعلها تلاحق المتغيرات الإجتماعيه والإقتصادية والسياسية التى تستجد فى المجتمع وتدفع بالمشرع أن يتناول النصوص التى وضعها بالتعديل والتبديل على ضوء القواعد الكلية للشريعة حتى يفسح المجال أمام القضاء وينفى عنه الحرج فى محاولته تحقيق العدالة ، اذ على ضوء هذه الوسائل يستطيع القاضى أن يبتعد عن التطبيق الحرفى للنص ، بل يستطيع أن يتنحاه جانبا اذا كانت المصلحة تقتضى ذلك مما يرقى بالعدالة فى المجتمع .

ثامنا : تغير الأحكام مراعاة للمصلحة العامة [١] :

المصلحة تعد مصدرا من مصادر الأحكام الشرعية ، كما أنها تعد

(١) أنظر فى ذلك تفصيلا : حسين حامد حسان « نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى » رسالة القاهرة طبعة ١٩٧١ ، أحمد فراج حسين « حجية المصلحة المرسلة فى استنباط الأحكام الشرعية » طبعة سنة ١٩٨٢ - مصطفى زيد « المصلحة فى التشريع الإسلامى . ونجم الدين الطوفى طبعة سنة ١٩٦٤ - زكريا البرى « المصلحة أساس التشريع الإسلامي » ص ١٠٣ ومابعدها .

سببا لتغير الإجتهاد ولتفسير الأحكام والإهتمام بفحوى النصوص وما تهدف اليه .

- موقف الصحابة والفقهاء من المصلحة العامه : -

لقد كان الصحابة رضوان الله عليهم يتحرون وجه المصلحة « وإن أدت الى تقييد النص أو تخصيصه أو ترك ظاهره » [1] . من ذلك ما رأته السيدة عائشة ومعها بعض الصحابة من منع النساء المساجد بعد أن كان الرسول قد سمح لهن بذلك وأبانت من العله من تبدل الحكم بقولها « ولو أدرك رسول الله ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بنى اسرائيل » .

ومنه أيضا أن الصحابة قبلوا شهادة الولد لوالده والزوج لزوجته والقريب لقريبه لأن القرآن لايشترط الا العداله وذلك لصلاح الناس فى صدر الإسلام ، فلما تغيرت النفوس وضعف الإيمان وحاقت الشبهات وكثرت الشكوك حول هذه الشهادات لم يقبلها القضاء دفعا للفساد وعملا بالمصلحة فخصصوا بذلك نصوص الشهادة .

ومنه أيضا ما أفتى به الفقهاء من جواز تسعير السلع والخدمات مراعاة للمصلحة العامه وذلك على الرغم من رفض الرسول لذلك حين قال « بل الله يرفع ويخفض وأنى لأرجو أن ألقى الله عز وجل وليست لأحد عندى مظلمه » .

- ومنه كذلك مافعله عثمان بن عفان رضي الله عنه لضالة الابل اذ

(١) الشيخ / مصطفى شلبى - « تعليل الأحكام - مطبعة الأزهر ص ص ٣٨ ومابعدها » . بدون تاريخ .

أمر بمعرفتها وتعريفها فان حضر صاحبها أخذها والا بيعت وحفظ ثمنها ولم يسر على ماكان عليه العمل من تركها وشأنها عملا بالحديث الشريف الذى ورد بشأنها « مالك ومالها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها » فحديث الرسول راعى أمانة الناس أما وقد تبدل الحال بعد ذلك وأصبح يخشى عليها من امتداد الأيدى فقد تبدل الحكم الى ما رآه عثمان .

- وقد علق عالم جليل من علماء الشريعة على ذلك بقوله « لم يقف عثمان عند حرفية هذا النص ، بل خالفه ظاهرا لأنه رأى أن الحال قد تبدل وأن الحديث ورد فى عهد ما كان يخشى فيه على ضاله الإبل أن تضيع وتمتد اليها الأيدى ، فلما رأى هذه الأيدى وقد امتدت اليها أمر بجمعها وبيعها وحفظ ثمنها لأصحابها أو ينتفع بها فى المصالح العامه ان لم يظهر لها صاحب . وعثمان رضى الله عنه اذا كان قد خالف فى الظاهر هذا الحديث فهو في الواقع وباطن الأمر عامل به متمسك بروحه » [1] .

ومن ذلك أيضا ما جاء فى صحيح البخارى عن الخليفة الصالح عمر بن عبد العزيز أنه قال « كانت الهدية فى زمن الرسول عليه الصلاة والسلام هديه واليوم رشوه » فهذا التفسير الجديد للهديه أملاه تغير الأحوال وما يستتبعه من ضرورة مراعاة المصلحة العامه » [2] .

- ورجحت المصلحة على النص أيضا عندما أسقط حد الشرب عن

---

(١) الشيخ / عبد الرحمن تاج « السياسة الشرعية والفقه الإسلامى » ص ١٧ ومابعدها .

(٢) صبحى المحمصانى - المرجع السابق . ص ٢١١ ومؤلفه « إحياء علوم الشريعة » ص ٨٦ .

الوليد بن عقبه وكان يقود فرقه من جيش المسلمين فى أرض الروم وقال فى ذلك حزيفة بن اليمان « أتحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعوا فيحكم » .

وقد كان الإمام نجم الدين الطوفى الحنبلى من الأئمة الذين جاهروا بتقديم المصلحة على النص والإجماع على اعتبار أن المتبع فى المعاملات ونحوها هو « مصلحة الناس كما تقرر : بالمصلحة وباقى أدلة الشرع أما أن يتفقا أو يختلفا فان اتفق فبها ونعمت وأن إختلفا فان أمكن الجمع بينهما مثل أن يحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون البعض على وجه لايخل بالمصلحة ولا يفضى بالتلاعب بالأدلة أو بعضها وأن تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار » وهو خاص فى نفى الضرر المستلزم لرعاية المصلحة فيجب تقديمه لأن المصلحة هى المقصوده من سياسة المكلفين باثبات الأحكام وباقى الأدلة كوسائل ، والمقاصد مقدمه على الوسائل » [1] .

ويرى الإمام الطوفى لأهمية المصلحة أن حديث « لا ضرر ولا ضرار » هو بمنزلة أن يقال بعد كل حكم نص عليه « الا اذا إقتضت المصلحه خلافه » .

ويعتقد الامام / محمد أبو زهره [2] أن تقديم المصلحة على النصوص يعد من قبيل تخصيصها وذلك فى مجال المعاملات لأن النصوص انما وضعت لتحقيق مصالح الناس لذلك وجب أن يكون المرجع الأول هو

(١) أنظر فى عرض فكر الامام الطوفى وأدلته وأوجه الإعتراض عليها - صبحى المحمصانى ، المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٢) الإمام / محمد أبو زهره « ابن حنبل » - داو الفكر العربى - ص ٢٩٧ .

ماتقضى به هذه المصالح وذلك لأن النصوص تقبل النسخ أما المصلحة فلا تقبله . والنصوص لاتسلم من التخصيص بخلاف المصلحة ، وما يكون غير قابل الإلغاء في كله بالنسخ أو فى بعضه بالتخصيص .

ويمكن أن يعترض على ذلك بأن الشرع أخذ فى الإعتبار هذه المصالح عند تقريره للأحكام الشرعية ويعتبر النصوص معبره عنها وأدلة عليها وأن الأخذ بالمصالح دون النصوص يعد بمثابة تعطيل لها .

ويرد على ذلك بالقول بأن الشارع هو الذى جعل المصلحة أصلا أو دليلا ومن ثم يعد تقديمها تقديم لأحد أصوله أو أدلته .

تاسعا : دوران الحكم مع المصلحة :

على أن القول بدوان الحكم فى مجال المعاملات مع المصلحة وجودا وعدما ليس مسلما به من كل الفقه ، فهناك من ذهب الى أن الأحكام تدور مع عللها وليس مع حكمتها أو المصلحة منها والعلة هى الوصف الظاهر المنضبط كما يقول علماء الفقه ، وهى لهذا صلحت لأن تكون مناط الحكم الشرعى ، أما المصلحة فهى الحكمة والغاية التى قصد الشارع تحقيقها من وراء النص . والمصلحة أو الحكمة قد ينقصها الظهور فتكون خفيه ، كما قد ينقصها الضبط فتختلف من حالة لأخرى أو بيئة لبيئه .

والحق أن الأحكام عندما تناط بعللها فذلك على إعتبار أن العلة علامه ودليلا على توافر الحكمه والمصلحة غاية الأمر أن الحكمة قد تكون خفيه ومن ثم اعتبرت العلة لظهورها علامة عليها ، فاذا صح ذلك تكون العلة تابعة للحكمه فيصح أن تكون الحكمه مناط الحكم وذلك من باب أولى ، ولذلك يقال « اذا أجاز التعليل بالتابع (وهى العله) جاز التعليل بالمتبوع (وهى الحكمه) بل كان أولى » [١] .

---

(١) أنظر فى ذلك الإمام / محمد أبو زهره - المرجع السابق - ص ٢٣٨ .

- ولقد سلك القرآن الكريم والسنة النبوية التعليل بالحكمة فى الكثير من أحكامهما ، من ذلك عندما يأمر القرآن الكريم بالشىء مبينا وجه المصلحة فيه وينهى عن الشيئ مبرزاً وجه المفسده فيه . من ذلك قوله تعالى « أنما الخمر والميسر والأنصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تعلمون » ، « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوه والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكرالله وعن الصلاه فهل أنتم منتهون »

- ولا تخلو السنه النبويه من إسناد الحكم الشرعى لحكمته والمصلحه فيه من ذلك قوله عليه الصلاه والسلام لمن أسرف فى العباده حتى إشتكاه أهله « أنك إذا فعلت هجعت عينك وتفهمت نفسك . وأن لنفسك عليك حقا ولأهلك عليك حقا فصم وإفطر وقم ونم »

- ولقد سار الصحابه على ذلك ومن بعدهم التابعين وتابعيهم إلا أن الحال سرعان ماتبدل بقفل باب الإجتهاد فى الفقه وتقليد الأئمه أصحاب المذاهب فساء تعليل الاحكام بعللها وذلك لخفاء الحكمه منها فى أغلب الأحوال وعدم إنضباطها فى أحوال آخرى مما خشى معه من فتح باب التشريع والإفتاء بالهوى . فقيل بأن مناط الحكم الشرعى علته وليس حكمته .

- فالتعليل بالحكمه والمصلحه ، علاوه على أنه رأى الكثير من النقاد من علماء الفقه الإسلامى فان العدول عنه أنما جاء لظروف كشفنا عنها .

فإذا آمنا تلك المخاوف وكانت المصلحه منضبطه وعلى درجه من الوضوح أمكن للمشرع الوضعى أن يعتبرها مناط الحكم الشرعى فى المعاملات وإلاصدق علينا قول الفقيه العظيم إبن القيم « من المسلين من فرطوا فى رعايه المصلحه فجعلوا الشريعه قاصره لاتقوم بمصالح الناس

محتاجه إلى غيرها وسدوا على أنفسهم طرقا صحيحه من طرق الحق والعدل»

فهنا تعنى وجه المصلحه العامه يفتح الباب أمام القضاء للإجتهاد فى الفقه الإسلامى ومحاوله تفهم فحوى النصوص والمصلحه المبتغاه منها وهم بصدد الفصل فى المنازعات التى تعرض أمامهم وصولا إلى الحق والعدل المبتغى فى المجتمع .

المطلب الرابع:

كيفيه إستفادة القضاء بالشريعة الإسلامية

قد يأخذ المشرع ببعض أحكام الشريعه الإسلاميه ويدمجه فى القوانين - كأحكام بيع المريض مرض الموت واحكام النفقه مثلا . حينئذ يرجع فى تفسير وتطبيق تلك النصوص إلى نفس المصادر التى يرجع إليها عند تطبيق وتفسير القانون ولكن المقصود هنا هو تلك الإحاله إلى الشريعه الإسلاميه ليبحث القاضى فيها عن الحل الواجب الإتباع للنزاع المعروض أمامه إذا لم يجد نصاأوعرفا يسعفه وهنا يظهر دور القاضى أيضا حيث يعمل على إيجاد الحل بين آراء فقهاء الشريعه ، وإذا علمنا مدى تعدد آراء الفقهاء وإختلافهم وتباينهم فى مجال الشريعه ليبرز لنا مدى الدور الخلاق للقاضى فى هذا الخصوص ويشير بعض الفقهاء إلى أن واجب القاضى هو الأخذ بأرجح الأراء وأكثرها إجماعا [1] ، ومن هنا تتسع سلطه القاضى فى الأخذ بأراء فقهاء الشريعه الإسلاميه ويكون قضاءه وفقا لمذهب معين أو رأى معين وتصادق عليه المحكمه العليا كمحكمه النقض فى مصر مضيفا للقوه الملزمه لنفاذ هذه القاعده .

(١) د./ محمد حامد فهمى - النقض فى المواد المدنية والتجارية سنة ١٩٣٧ ص ٨١ .

- ومن ناحيه ثانيه أنه إذا كان القاضى غير مخاطب بالنص الدستورى الذى يجعل الشريعه الإسلاميه مصدراً رئيسيا للتشريع [1] . ومن ثم فهو يعمل النصوص التشريعيه القائمه بغض النظر عن مدى إتفاقها وإختلافها مع أحكام الشريعه الإسلاميه إلا أنه لايستطيع أن يلتمس حكما من العرف أو من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العداله -في حاله عدم وجود النص - إذا كان هذا الحكم يمثل مخالفه لمبادئ الشريعه - لأن الأول يرتكز على ضمير الأمه ولايمكن أن يخالف نظامها العام وآدابها، ولأن الثانى لايمثل مصدراً محدداً وإنما يترك للقاضى سلطه تحرى الحكم باجتهاده ليقطع عليه سبيل النكول عن القضاء.

- فالقاضى فى الشريعه الإسلاميه له أن يجتهد وإجتهاده هنا فى حقيقته مصدراً من مصادر الفقه الإسلامى فهو يلعب دوراً كبيراً فى تفسير الأحكام الشرعيه الواجب تطبيقها من الكتاب أو السنه . ويستطيع أن يستفيد من وسائل المرونه التى توجد فى الفقه الإسلامى .

فمن ناحيه نجد أن الشريعه الإسلاميه غزيره بمصادر الأحكام - منها ماهو أصلى وهو القرأن الكريم والسنه النبويه ، ومنها المصادر التبعيه وعلى رأسها الإجماع والقياس والمصلحه والإستحسان والإستصحاب وسد الزرائع . وهى مصادر ثريه قلما سلكها مجتهد عالم بأصولها دون أن يهتدى إلى الحكم المنشود ومن ناحيه ثانيه : نجد أن الشريعه فتحت باب الإجتهاد ونبذه التقليد مع ملاحظه أن الإجتهاد له نطاق لا يتعداه ونطاقه الأحكام الظنيه فى ثبوتها أو دلالتها أما الأحكام القطعية فى ثبوتها

---

(١) نص المادة الثانية من دستور ١٩٧١ ، والدستور المعدل سنة ١٩٨٠ .

ودلالتها لا إجتهاد فيها وكل تشريع على خلافها هو إهدار لها وهذا لايجوز - كما أن للإجتهادإطار لايخرج عليه هو أصول الشريعه ومبادئها العامه وله أيضا وسائل هي المصادر التى أشرنا اليها . وله غايه تتمثل فى تحقيق المقاصد العامه للشريعه فاذا ما إلتزم القاضى هذه المحددات فهو فى حل من التقيد

بإجتهادات السابقين لأن حصر الشريعه فى إجتهاداتهم على عظمتها يعنى جمودها وعدم إستجابتها لعوامل التطور . فالصحابه أنفسهم رضوان الله عليهم لم يكونو ا « نصوصين حرفيين » كما يقول الشيخ عبدالرحمن تاج « فالصفه الشرعيه التى يضيفها البعض على الأحكام الإجتهاديه المستنبطه والتى فى نظرهم جزء لايتجزأ من الشريعه الإسلاميه يلزم إستبعادها لأن هذه الأحكام أو هذا الفقه مهما بلغت دقته لايرقى إلى مرتبه النصوص .

ومن ناحيه ثالثه : يستطيع القاضى أن يستفيد من المبادئ والنظريات الثابته فى الفقه الإسلامى قديمه وحديثه فقد تفوق الفقه الإسلامى فى إستنباط النظريات القانونيه على الفقه الغربى ومن هذه النظريات مثلا نظريه الضروره الذى قال عنها إدوارد لمبير أنها نظريه خصبه جداحيث أنها تبدوأوضح تعبيرلفكره عامه تستمد جزورها إلى إعماق نظريه الظروف المتغيره المسلمه فى القانون الدولى العام تأسيسا على شرط بقاء الحال على ماهو عليه وإلى نظريه الظروف الطارئه التى إبتدعها القضاء الإدارى الفرنسي وإلى محاولات القضاء الإنجليزى تلبين فكره إستحاله تنفيذ الإلتزامات متأثره فى ذلك بضغوط الظروف الإقتصاديه التى نشأت من الحرب العالميه وإلى أحكام القضاء الدستورى الأمريكى حول الضروره والخطر و الإستعجال .

ومنها نظريه الفقه الإسلامى فى التعسف فى إستعمال الحقوق - حيث يقول عنها الدكتور / محمود فتحى . فى رسالته للدكتوراه سنه ١٩١٣ أن هذه النظريه قد وصلت عند إكتمال تطويرها إلى تعيين أربع صور محدده للتعسف فى إستعمال [١] الحقوق فى الوقت الذى كان فيه الفقه الغربى لم يكشف بعد الإعن أولى هذه الصور وهى الصوره الأندر حصولافى العمل - صوره إستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير .

- ومنها أيضا المسؤليه المدنيه . وكان للمستشار المرحوم عبد الحميد بدوى فى سنه ١٩١٣ فضل إبراز تفوق فكره الشريعه الإسلاميه الخاصه بهذه المسؤليه . فقد نشر بحثا قيما فى مجله مصر المعاصره سنه ١٩١٣ ص ٥٥٤ وما بعدها تناول فيه الخطأ الوضعى كأساس للمسؤليه المدنيه أشار فيه إلى محاولات الفقه الحديث « لتوضيع» فكره الخطأ وأوضح أن فقهاء الشريعه الإسلاميه كانوا قدحققوا ذلك منذ قرون طويله حيث أقروا مسؤليه القاصر وعديم التميز مسؤليه مدنيه من قبل أن تأخذ بها الشرائع الحديثه بزمن طويل .

وبجانب ذلك هناك نظريه المصالح المرسله ومن أنبدل الأحكام بقبول المصالح وفكره التشريع الوقتى وثبوت النسخ

فالتفرقه بين التشريعات العامه والوقتيه وتحرى ظروف وملابسات الكثير من الأحكام الشرعيه كل ذلك يساعد القاضى فى مهمته . كما أن الكثير من الأحكام قد تبدل بتبدل المصالح والأحوال فألغى سهم المؤلفه

---

(١) صور التعسف فى إستعمال الحق فى الشريعة الاسلامية - الأولى : استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير بدون وجود مصلحة لصاحب الحق - الثانية : ان يترتب على استعمال الحق مضار أكثر من الفوائد التى تعوض على صاحبه من استعماله - الثالثة : استعمال الحق المشروع بغرض تحقيق هدف غير مشروع ومغاير للغرض الى وضعه له المشرع - الرابعة : ان يستعمل الشخص حقه لكن دون احتراس وتثبت فيما يمكن نبه الإحتراس فيفضى هذا الى الإضرار بالغير .

أنظر فى تفصيل ذلك - مجلة المحاماه - السنة الرابعة والسبعون - عدد يناير سنة ١٩٩٥ - الجزء الأول ص ٢٩٥ .

قلوبهم لما أعز الله الإسلام ولم تعد الغنائم وأسلاب الحرب تقسم على الجنود بعد أن صارت لهم رواتب ثابته وصار تسعير السلع والخدمات أمراًجائزا بل وضروريا

- فى النهايه نقول أن القاضى ليس عليه جناح إن هو تحرى وجه المصلحه المستجده إذا توافرت شروط إعتبارها فمن الثابت أن تبدل المصلحه يجعل الحكم غير مطابق لها فيصير وكأنه قرر لغيرها كما أنه يستطيع أن يقدم المصلحه على النص لأن هذا يعد من قبيل التخصيص وذلك فى مجال المعاملات خاصه .ذلك لأنه من المصالح مالايتبدل كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات

كما أنه ليس هناك مايحول بين القاضى والتماس أحكامه الشرعيه فى القانون المقارن وتجارب الآخرين إذا ثبت صلاحيتها لبيئتنا وقام الدليل على عدم مجافتها لأصول الشريعه ومبادئها العامه وتحقيقها مقاصدها . فالشريعه الاسلاميه قد أثرت الفقه القانونى الوضعى بكثير من النظريات شالتى عجز عن إبتداعها . كما وضعت أمام القاضى الكثير من المصادر الفقهيه التى تساعده على مسايرة الوقائع التى تستمد فى المجتمع حتى تسطيع أن يوفق بين الوقائع الإجتماعى الجديد والقاعده القانونيه الوضعيه .

خاتمــه :

نخلص مما تقدم الي أن الإحالة الى المصادر غير المباشرة للقانون السابق الإشارة اليها لايقصد بها فى الواقع الا السماح للقاضى ب"ان يجتهد رأيه فاذا لم تسعفه المصادر الأصلية تحكيم للنزاع المعروض عليه وجب عليه أن يفصل فى النزاع مستنبطا القاعدة التى يراها أقرب الى تحقيق العداله ، أو كما يقول القانون السويسرى عليه أن يضع القاعدة التى

كان يضعها لو عهد اليه أمر التشريع ولكن واضعى مشروع القانون المدنى لم يروا التصريح بذلك وإن كانوا مضمرين له تمشيا مع الفكرة الغالبه فى فقه الشرائع اللاتينيه التى تجعل ظيفة القاضى تطبيق القانون لا انشاءه أو خلقه .

والقاضى عند قيامه بهذا الدور فانه يقى المجتمع من ظاهرة الا زدواج القانونى التى تطل بوجهها على الحياة الإجتماعية المصرية عند غياب قيمة العدل كقيمة تشريعية فيظهر الى جانب القانون الرسمى « غير العادل فى ذاته » نظام آخر فعلى يسود فى العلاقات بين الناس فيصطنع الفقراء قواعدهم العرفية التى يحاولون بها تخفيف ظلم النظام القانونى الرسمى كما يبتدع الأغنياء قواعدهم العرفية التى يحاولون بها تطوير الظلم الإجتماعى وإستحداث أشكال حديدة له ، فرغم الإعلان رسميا عن مبادئ المساواة أمام القانون وأن المواطنه وحدها هى سبب للتمتع الإمتيازات الإجتماعية استشرت فى المجتمع فعلا وأصبحت قانونا ثابتا ظواهد المحسوبيه والرشوة واستغلال النفوذ وغيرها من الظواهر القانونية المرضيـــة .

- كما يجب على القضاء أن يعزف عن الوضعية التحليلة بعض الشئ حيث أنها مازالت هى المنهج المسيطر عليه حتي الان ويرجع ذلك الى بقاء المصرين على ماهم عليه من توق الى الإستقرار وعزوف عن التغيير وتجنب المبادرة والابتعاد عن المختطرة وهو مايظهر واضحا فى غلبة الطابع النظرى المجرد الذى يعتمد علي المنطق الشكلى وحده على معظم دراساتهم وأبحاثهم القانونية .

والحق أن من يستقرأ أحكام القضاء المصرى لن يجد عناء ويذكر فى

معرفة مدى تمسك القاضي المصرى بكلمات النص القانونى بالمكتوب ودرجة احترامه للأحكام القضائية السابقة واعتماده على المنطق الشكلى وحده فى استنتاج الأحكام وتسببها ، وسوف أستشهد فى هذا المقام بمثال واحد أرى أنه كافيا لبيان مدى تمسك القضاء فى مصر بتعاليم المدرسة الوضعية التحليلية : -

بتاريخ ١٢ من أكتوبر سنة ١٩٧٢ صدر القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٢ بتسوية حالة الحاصلين على بعض المؤهلات الدراسية ونص فى مادته الثانية على أن « يكون تعيين حملة المؤهلات فوق المتوسطة التى يتم الحصول عليها بصدد دراسة مدتها خمس سنوات بعد الشهادة الإعدادية أو سنتين بعد الشهادة المتوسطة فى الفئة (١٨٠ - ٣٦٠) بمرتب قدره ٢٠٤ جنيهات وبأقدميته اعتباريه فى هذه الفئة قدرها سنتان » .

ونص فى الفقرة الثانية من المادة الخامسة منه على أن « حملة المؤهلات فوق المتوسطة المشار اليها فى المادة الثانية والموجودون بالخدمة يمنحون الفئة (١٨٠ - ٣٦٠) وتحسب أقدميتهم فيها من تاريخ التعيين أو من تاريخ حصولهم على هذه المؤهلات أيهما أقرب وذلك مع مراعاة ضم المدة الإعتبارية المشار اليها فى المادة الثانية أو المحددة بقرارات تقيم هذه المؤهلات الصادرة من السلطة المختصة فى هذا الشأن » .

ويتضح من مقارنة هذين النصين أن المادة الثانية من القانون تتناول بيان حكم من يتم تعيينه من حملة المؤهلات فوق المتوسطة فقضت بأن يكون ذلك التعيين فى الفئة (١٨٠ - ٣٦٠) بمرتب سنوى قدره ٢٠٤ جنيهات سنويا ، بينما تناولت المادة الخامسة فقرة ٢ بيان حكم العامل الحاصل على المؤهل فوق المتوسط والموجود فى الخدمة بالفعل

فقضت بمنحه الفئة (١٨٠ - ٣٦٠) مع إغفالها النص على منحه مرتبا سنويا قدره ٢٠٤ جنيهات ، ومن ثم فقد يثار تساؤ عن المرتب الواجب منحه للعامل الحاصل على المؤهل فوق المتوسط والذى تم تعيينه قبل صدور القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٢ المشار اليه وما اذا كان يستحق بداية مربوط الفئة الممنوحة له ١٨٠ جنيها سنويا أم أنه يجب أن يتساوى مع زميله الحاصل على ذات المؤهل والذى سيتم تعيينه فى ظل القانون المشار اليه فيحصل على ٢٠٤ جنيها سنويا ؟

وقد تم عرض هذا التساؤل على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٧٢[١] فأنتهت فيها الى أن العامل الحاصل على مؤهل فوق المتوسط الذى تم تعيينه قبل نفاذ القانون المشار اليه لايستحق سوى راتب سنوى قدره ١٨٠ جنيه سنويا وأن العامل الحاصل على ذات المؤهل والذى يتم تعيينه بعد نفاذ القانون المشار اليه يحصل على ٢٠٤ جنيهات سنويا وذكرت الجمعية العمومية فى تفسير هذه النتيجة أنه « لايجوز الاحتجاج بالمادة الثانية من القانون بمقولة أنها وقد قضت بأن يكون تعيين حملة المؤهل فوق المتوسط فى فئة معينة بمرتب معين فان حكمها كما ينصرف الى من يعين بعد نفاذ القانون ينصرف أيضا ومن باب أولى الى الموجود منهم فى الخدمة أيا كانت فئته ومرتبه ذلك أن لهذه المادة نطاق يختلف عن نطاق المادة الخامسة فالأولى أختصها المشرع ببيان حكم تقييم المؤهل ، والثانية أختصت ببيان قواعد وضوابط تطبيق هذه الأحكام على الموجودين بالخدمة

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة جلسة ١٩٧٣/٣/٣ - ملف رقم ٣١٦/٣/٨٦ - مجموعة المبادئ القانونية - المكتب الفنى - السنة الثانية والعشرون - ص ٣ .

ومن ثم فلا يجوز الخلط بينهما أو تطبيق أحدهما على الأخرى والا كان ذلك خروجا على أحكام التشريع وضوابطه الثابته بالنص » .

وهكذا انتهت الجمعية العمومية من خلال تقديسها لكلمات النص الى التفرقة بين العاملين الحاصلين على ذات المؤهل بحيث يحصل من تم تعيينه منهم قبل العمل بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٢ المشار اليه على ١٨٠ جنيها سنويا ، بينما يحصل زميله الأحدث منه الذى تم تعيينه بعد العمل بالقانون المشار اليه علي ٢٠٤ جنيهات سنويا . فماذا كانت نتيجة هذا التفسير ؟

كثير من جهات العمل رفضت الأخذ بالتفسير المشار اليه على أساس أنه وان كان يتفق مع حرفية النص الا أنه يتنافى مع الذوق القانونى السليم ، أما جهات العمل التى تمسكت بتطبيقه على العاملين فيها فقد فوجئت بتقدم هؤلاء العاملين باستقالتهم مرفقه بطلبات لإعادة تعيينهم من جديد حتى يحصلوا بذلك علي مايحصل عليه زملائهم الأحدث منهم الذين تم تعيينهم بعد نفاذ القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٢ المشار اليها حتى يمكنهم بذلك التخلص من نتائج الفتوى الصارمه [١] .

- ويجب على قضاءنا أن ينظر الى قضاء الدول الأخرى . منها هو القضاء الأمريكى الذى يرفض الأخذ بنظام التقنين ويعتمد علي التطور التديجى للقواعد القانونية من خلال الزخذ بنظام السوابق القضائية

---

(١) نود أن ننبه الى القول بأن الوضعية التحليلية هي المنهج السائد فى الفقه والقضاء والإفتاء فى مصر لايعنى إنعدام الآراء الفقهية والاحكام القضائية أو الفتاوى القانونية التى تصدر متفقه مع قيمنا القانونية الجديدة وأهدافنا الإجتماعية المتطورة والتى تكشف عن ثقافة كاملة وبصيرة نافذة .

والاعتماد على الدراسات الإستقرائية .

- كما أن مناهج القضاء الأمريكى - كما يشهد المنطق والتاريخ والعرف - تتسم بالمرونة التى تكفل تحقيق تطور تدريجى فى الاحكام القضائية ، بالإضافة الى ذلك فان إتاحة الفرصة للقاضى المعارض لكتابة رأيه المخالف للحكم فى الحكم يكفل تقديم صوره دقيقة لما كان عليه رأى قضاة المحكمه ويساهم على نحو فعال فى تطوير القانون الأمريكى إذا غالبا ما يكون رأى القاضى المعارض هو صوت يوم جديد . أما قضاءنا المصرى فإنه أقل استعدادا لإخضاع المبادىء والقاعد القانونيه التشريعيه للمصالح الرجتماعيه المتغيره كما أنه يرفض تفريد الأحكام القضائيه وفقا للظروف الخاصه بكل قضيه ولايسمح للقاضى الذى يعتنق رأيا مخالفا لرأى أغلبيه قضاة المحكمه فى القضيه المعروضه بأن يثبت رأيه المعارض فى الحكم الصادر من المحكمه . وفى النهايه نود أن نوجه نظر قضائنا المصرى الى محاولة الإستفاده من المصادر غير المباشره للتشريع يحاول تطويع النص المكتوب لكى يحقق العداله فى الواقع الأجتماعى ويبتعد بالنص القانونى عن جموده وتخلفه عن مواكبه التضور فى المجتمع . وأن يبعد بفكره عن التوجيهات الصادره من القيادات العليا ويحاول إظهار رئيه الى خير الوجود الواقعى .

القسم الثانى

دراسة تحليلية لبعض النماذج

التى توضح لدور القاضى فى التوفيق بين الواقع والقانون

نعرض من خلال هذا القسم لبعض المجالات التى توضح للدور الذى يلعبه القاضى فى تفسير القانون ، ومحاولة تطويعه حتى يتلائم مع الوقع الإجتماعى المتغير ، وذلك من خلال بابين : -

الباب الاول :- نعرض لدورة بشأن العــقد .

الباب الثانى :- نعرض لدورة فى مواجهة التقدم الطبى .

الباب الاول

دور القاضى بشأن العقد

مقدمـــــة

أن دور القضاء بصدو العقد لم يصل الى ما هو عليه الان طفرة ، انا جاء وليد لتطور طويل فى تشريع وقضاء وفقه القانون الوضعى وفلسفته ، وبعد ان سيطر على العقود ومبدأ سلطان الارادة الذى يجعل العقد شريعة المتعاقدين ، بحيث لا يجوز تعديله أو الغاءه من قبل أحد الطرفين ، كما يحظر على القاضى ذلك إحتراما لارادة عاقدية ؟ فكانت سلطة القاضى إزاء العقد شديدة الضيق ، غاية فى التقييد .

ومع بداية القرن العشرين بدأ يختفى هذا المبدأ، حيث أدخلت عليه الكثير من القيود والحدود مما يتوافق مع المصالح الإجتماعية بصوره عامة .

وكان نتيجة ذلك أن حرصت التشريعات الحديثه على أن تسند إلى القاضى سلطات على العقد لم يكن ليسمح بها سلطان الإراده بمفهومه القديم ، وأصبح القاضى يقوم بدور إيجابى فى مجال المعاملات ، كما أصبح للحريه التعاقدية مفهوم هو أقرب إلى العداله مما كان عليه قديما ، وأصبح القاضى هو صاحب السلطة فى حماية حقوق الأفراد ومصالح المجتمع ، يراقب العقد منذ نشأته وحتى إنتهائه ، ويتدخل كلما وجد ميزان العدالة مائلاً مختلفًا ، ليعيد إليه توازنة ويزيل إختلاله .

وإذا كان التعبير عن الإراده العقديه يمكن أن يحدث بطريق الكتابه ، كما لو أفرغ الإتفاق فى إقرار مكتوب فأن التعبير يمكن أن يتم عنها بأيماءات تحل معانى وأفكار قانونيه ، وفى كلتا الحالتين يلعب القاضى

دوراً كبير ، سأوضحه من خلال ثلاثة فصول : -

١ - الفصـــل الأول : الدور التوضيحي والإنشائي للقاضي بشأن العقـــد .

٢ - الفصـــل الثاني : دور القاضـــي في تفسير سلوك الأطراف المتعـــاقدة .

٣ - الفصـــل الثالث : دور القاضي في مواجهـــة الظروف الإقتصادية للعقـــد .

الفصل الأول
الدور التوضيحى والإنشائى للقاضى
بشأن العقد

تمهيد : تطور تاريخي لدور القاضى بشأن العقد : -

أن الثورة الفرنسية قد اعتنقت مبدأ سلطان الإرادة ، ونادت بحرية الفرد فى إبرام التصرفات القانونيه ، وإعتبرت أن القانون ما هو إلا وسيله لتحقيق هذه الحريه ، التى تعتبر المصدر الرحيد لأى إلتزام قانونى فالحرية تعلى من شأن الفرد ، وتمكنه من وضع قانونيه بنفسه بأعتباره حر بطبيعته ، يميل إلى وضع إلتزاماته بنفسه ، ويفرض عليها فى نفس الوقت إحترام ما يتولد عنها من آثار .

فأتفاق إرادتين حريتين مستقلتين يحقق العدالة ، والحقوق التى تترتب على هذا الإتفاق لا تعبر عن قانون موضوعى وضع بطريق تشريعيه ، وإنما تعد ترجمة صادقة للإتفاقات المقدسه التى أجريت بحرية بين الأطراف. [1]

واذا كان هذا المبدأ يعد من نتاج الثورة الفرنسية ، فانه كان نتاجا ايضا لعوامل اخلاقيه ، وسياسيه واقتصادية تطورت عبر التاريخ . فالقانون الكنسى التى وضعته الكنيسة الكاثوليكيه قد استبعد المبادىء المستمدة

(1) - A . POUSSON " introduction au droit l'intreprise " Dunod , Paris - 1994 . P. 74 .

من القانون الروماني ، ودعم مبدء استقلال الارادة ، باعتبارها هى التى تنتج لاى التزام قانونى دون حاجة الى اى اجراء ينظم بهذه الارادة .

وبالاضافه الى ذلك ، فانه ابتدءا من القرن السادس عشر استبعدت مدرسة القانون الطبيعي فكرة وجود نظام أساسي يتجسد سلطه عليا نقوم بوضعه، واكدت علي ان قوانين الطبيعه التى يكتشفها العقل يمكن ان تتفوق على النصوص التشريعية .

وفى المقام الأخير ، فأن إستمرار التطور التجارى التى كان يرغبه الإقتصاديون فى القرن السادس عشر قد أدى إلى تقوية المكان الذى تحتله الإراده ، وذلك بأستبعاد والهيئيات الوسيطه مثل الطوائف والإتحادات ، وإلغاء كل الأشكال التنظيمية التى تفيد مثل هذه التطور ، مثل حظر القرض بفائدة ، وحظر تقسيم الملكيه فى مجال معين ،

وبالنسبة للفيزوقراطيين الذين يعتبرون أن الزراعه هى المصدر الوحيد للدخل ، كانوا يرون أنه من المناسب إلغاء كل الحدود الإقطاعيه حتى يمكن للثروات أن تتداول بحرية ، إذ أن تدخل الدوله يمكن أن يؤدى الى إختلال التوازن الإقصاددى .

من كل ما سبق يتضح لنا ، أن مبدأ إستقلال الإراده ، والحريه الإقتصاديه كان لهما تأثيرهما على العلاقه التعاقديه سواءً من ناحيه الموضوع أو من ناحية الشكل .

فمن ناحية الموضوع ، فأن هذا المبدأ يعبر عنه لحظة إبرام العقد ، وفى هذه اللحظة فأن كل طرف من أطراف العلاقه يستطيع أن بعبر عن رأيه بحرية فى أن يتعاقد أم لا ، وأن يكون حراً فى إختيار الشخص الذى يتعاقد معه ، ويكون حرا فى وضع محتوى العقد بالإتفاق مع الطرف الآخر فى هذه

المبحث الأول

الدور التوضيحي للقاضي حيال العقد

إن العقد باعتباره تصرف من تصرفات الإرادة ، فان تفسيره يعتمد بصفة أساسية على البحث عن القصد المشترك للأطراف المتعاقدة ، ذلك حينما يكون التعبير عنها معيبا ، ودون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الإهتداء بطبيعة التعامل ، وما ينبغي أن يتوافد من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى في المعاملات (١) .

فأسباب غموض التعبير عن الإرادة كثيرة ، منها ماه شخصى - أى راجع الى شخصية المتعاقدين - ومنها ماهو موضوعى - أى راجع الى عبارات التعاقد نفسها - كما ل، كان المتعاقد جاهلا لايعى المدلول القانونى للألفاظ التى يستسخدمها . أو قد يكون للفظ أكثر من معنى لغوى أو قانونى (٢) ، بحيث لايتمكن المتعاقد الجاهل من انتقاء الألفاظ المناسبة التى تعبر تعبيرا صريحا عن ارادته . وقد يكون المتعاقد على علم بمدلول الألفاظ ، ولكن يتعمد الإبهام فى الصياغة لمصلحة يبتغيها من وراء ذلك ، أما لتقليل إلتزاماته ، أو كثرة مايريده من حقوق ، أو وضع مجموعة من الشروط تتعارض فيما بينها ، حتي يثير الشك فى نفس القاضى ، مما يدفعه الى البحث عن المقصود الحقيقى للنية المشتركة

---

(١) - G. MARTY " Role du juge dans l'interprétation des contrats " trav. Asoc . H. KAPITANT - 1949 . P. 84 .

(٢) مثل لفظ المنقول - اذ يقصد به السندات أو العقود أو الأمتعة التى يمكن نقلها - راجع د./ نعمان جمعه " التأمينات العينية - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٩ .

للمتعاقدين . وهذا هو مايقوم به القاضى من خلال دوره التوضيحى ، والذى يؤدى تارة الى تحديد المفهوم الخاص بشرط فردى ، يؤدى تارة أخرى الى حل التنازع الذى يمكن أن يحدث بين عدة شروط يتضمنها عقدا من العقود ، وهذا مانوضحه من خلال المطلبين الآتيين : -

المطلب الأول : دور القاضي حيال الشروط الفردية .

المطلب الثانى : - دور القاضى في حل التنازع الذى يحدث بين الشروط العقدية .

المبحث الأول

الدور التوضيحي للقاضي حيال العقد

إن العقد باعتباره تصرف من تصرفات الإرادة ، فان تفسيره يعتمد بصفة أساسية على البحث عن القصد المشترك للأطراف المتعاقدة ، ذلك حينما يكون التعبير عنها معيبا ، ودون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاهتداء بطبيعة التعامل ، وما ينبغي أن يتوافد من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات [1] .

فأسباب غموض التعبير عن الإرادة كثيرة ، منها ماه شخصي - أي راجع الى شخصية المتعاقدين - ومنها ماهو موضوعي - أي راجع الى عبارات التعاقد نفسها - كما ل، كان المتعاقد جاهلا لايعي المدلول القانوني للألفاظ التي يستخدمها . أو قد يكون للفظ أكثر من معنى لغوى أو قانوني [2] ، بحيث لايتمكن المتعاقد الجاهل من انتقاء الألفاظ المناسبة التي تعبر تعبيرا صريحا عن ارادته . وقد يكون المتعاقد على علم بمدلول الألفاظ ، ولكن يتعمد الإبهام في الصياغة لمصلحة يبتغيها من وراء ذلك ، أما لتقليل التزاماته ، أو كثرة مايريده من حقوق ، أو وضع مجموعة من الشروط تتعارض فيما بينها ، حتي يثير الشك في نفس القاضي ، مما يدفعه الى البحث عن المقصود الحقيقي للنية المشتركة

---

(١) - G. MARTY " Role du juge dans l'interprétation des contrats " trav. Asoc . H. KAPITANT - 1949 . P. 84 .

(٢) مثل لفظ المنقول - اذ يقصد به السندات أو العقود أو الأمتعة التي يمكن نقلها - راجع د./ نعمان جمعه " التأمينات العينية - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٩ .

للمتعاقدين . وهذا هو مايقوم به القاضى من خلال دوره التوضيحى ، والذى يؤدى تارة الى تحديد المفهوم الخاص بشرط فردى ، يؤدى تارة أخرى الى حل التنازع الذى يمكن أن يحدث بين عدة شروط يتضمنها عقدا من العقود ، وهذا مانوضحه من خلال المطلبين الآتيين : -

المطلب الأول : دور القاضى حيال الشروط الفردية .

المطلب الثانى : - دور القاضى في حل التنازع الذى يحدث بين الشروط العقدية .

المطلب الأول

دور القاضى حيـال الشروط الفرديه

يرى بعض الفقهاء [1] : أن القاضى يستطيع الوصول إلى الإرادة الحقيقة للمتعاقدين ، الذين لا يتفقون حول المفهوم المتعلق بشرط ما من شروط العقد ، وذلك بالإعتماد على العناصر التى يتضمنها العقد ، أو بالإعتماد على عناصر خارجية .

ويقصد بالعناصر الداخليه للعقد ، المعايير الموضوعية التى تهدف إلى الكشف عن العقد المشترك للمتعاقدين ومن هذه المعايير ما يلى :

١ - طبيعة التـعامـل :

ويقصد به طبيعة التصرف المبرم أو التنظيم القانونى للعقد المبرم بين الطرفين ، إذ يجب على القاضى أن يأخذ بالمعنى الذى يتفق مـع هذه الطبيعه . فإذا إتفق المتعاقدن على تأجيرمكان بقصد إستعماله لنشاط تجارى أو صناعى لقاء إيجار شهرى أو سنوى ، فإنهما يكونا بذلك قد نظما عقدهما وإرتضيا التنظيم القانونى الذى وضعه المشرع لهذا العقد ، وهذا ، يعنى خضوع عبارات العقد فى تفسيرها بما يتفق وهذه الطبيعه [2].

كما أن طبيعة التعامل قد تفرض أوضاعًا معينه بالنسبه لبعض العـقود ، فتسرى على الكافه دون تميز .

---

(١) - G. MARTY et P. RAYNAND " droit civil " 1er vol ., " Les obligations " siray 1962 no 217 - F.CHABAS " theorie generle " obligations - 7 eme ed . 1985 no 145 .

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٧٨/١١/١ - مجموعة الأحكام - المكت الفنى - س ٢٩ - طبعة رقم ٣١٩ ص ١٦٥٦ .

ومن أمثلة ذلك عقد النقل وما يتضمنه من شروط عديده ، قد يدرك البعض معناها ، ولا يدركها البعض الآخر ، ورغم ذلك فأنها لا تسرى على الجيع ، وذلك طبقًا لظروف التعاقد وطبيعة التعامل .

ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد ، بل يمتد إلى الحالة التى تتضمن فيها عبارات لعقد لأكثر من معنى ، وفي هذه الحاله فإن القاضى يجب عليه أن يختار من بين هذه المعانى لتلك المعنى الذى يتفق وطبيعه العقد ، ما لم يصرح المتعاقدين بما يخالف ذلك . فإذا تخارج أحد الورثه عن نصيبه فى الميراث ، فإن ذلك يفسر على أنه نزول عن جميع حقوقه فى التركه محل التخارج حتى ولو كان بعض هذه الحقوق مجهولاًعنها ، ولكن يشمل هذا التخارج حقوق موروثه من تركه أخرى [1].

٢ - الأمـــانة :

من المبادئ الأساسية التى يجب أن تسيطر على العقد سواءًا فى إبرامها أو تنفيذها مبدأ حسن النية .

ويعنى هذا المبدأ ، أن يكون أحد الطرفين أمينًا فى فهم مضمون التعبيرات الموجهه إليه من قبل الطرف الآخر ، فلا يستغل ما وقع من خطأ أو إبهام ما دام أنه تفهمه على حقيقة أو كان يستطيع أن يفهمه .

٣ - الثقه الواجب توافرها بين المتعاقدين :

إذا كانت الأمانه واجب على المتعاقد ، فإنه فى المقابل يجب على

---

(١) د./ توفيق فرج - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - مؤسسة الثقافة الجامعية - الاسكندرية سنة ١٩٧٦ .

الطرف الآخر أن يدخل فى إعتباره أن الأول سيركن إلى التعبير الذى وجه إليه يحسب معناه الظاهر الذى قصد إليه ، ومن ثم على الطرف الآخر أن يبتعد عن أن تكون له إرادتان إحداهما ظاهرة يتمسك بها المتعاقد ، والآخرى باطنه يتمسك بها الآخر ، منافيًا بذلك لمبدأ الثقه وحسن النيه .

٤ - إكمال الكلام خير من إهماله :

وهذه القاعده الأصوليه تعنى أنه إذا إحتملت العباره لأكثرمن معنى فأنه ، يجب على القاضى أن يأخذ بالمعنى الذى يرتب أثراً ويبتعد عن الأخذ بالمعنى السلبى الذى يجرد العبارة من أثارها المنتجه أو يرتب عليها آثاراً مخالفه للنظام العام ، فإذا تضمن العقد شرطاً يحتمل أكثر من معنى ، تعين على القاضى ترك معنى الشروط التى تعد من نوافل القول أو لامبرر لوجودها ، والتعويل على المعنى الذى ينتج أثراً قانونيًا ، وبصفه خاصه إذا كان يتفق وقصد المتعاقدين (١) .

٥ - التفسير ضوء روح العقد والغرض منه :

إذا كان لكل عقد غرضا معينا ينبغى تحقيقه ، فإن القاضى يجب عليه وهو بصر وتفسيره لهذا العقد أن يجتهد فى الوصول إلى تحقيق هذا الهدف ، ومن ثم يجب عليه أن يأخذ بالمعنى الذى يعد أكثر إنطباقًا مع روح العقد والغرض منه (٢) .

٦ - مراعاة العقد فى مجموعة.

تذهب محكمة النقض المصريه (٣) فى حكمها الصادر بتاريخ

---

(١) نقض مدنى جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٧١ - الكتب الفنى س ١٤ ق ص ١٠١ .

(٢) د./ توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٣٦٢ .

(٣) نقض مدنى جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧ - موسوعة الاحكام - المكتب الفنى س ٢٩ - طبعة رقم ١٠٠ ص ٢٠٥٢ .

٢٧ ديسمبر سنه ١٩٨٧ إلى « أنه لا يجوز للمحكمة وهى تفسر المحررات أن تعدد بما تعينه عبارة دون غيرها بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيدة العبارات بأكملها بأعتبارها حدة متماسكة » .

وقد لاحظ البعض [١] أن فى هذا الحكم تأكيد أن العقد فى مفهوم المتعاقدين وحدة واحده ، وكل لا يتجزأ وإنه يكمل بعضه البعض ، وأنه لا يجب تفسير شرط فى العقد بمعزل عن بقية الشروط الأخرى ، فمثلاً إذا تضمن العقد شرطًا عامًا وآخر خاصآ ، وحدث تعارض بينهما ، فأنه يجب ترجيح الخاص على العام ، وذلك لأنه لو أراد المتعاقدين حكم الشرط العام لما ضمنا إتفاقهما شرطًا خاصًا [٢].

ويرجع القاضى إلى العوامل الخارجيه إذا لم تستعفه عبارات العقد في تفسير ما أبهم منها ، وبالتالى لم يتمكن من الوصول إلى القصد المشترك للمتعاقدين . **ومن هذه العوامل ما يلى : -**

١ - الإستعانه بالعرف الجارى فى المعاملات

ويقصد بالعرف الجارى ، تلك العادات الجارية ، والتى تحقق مصالح الافراد بصدد العلاقات التجاريه ، وقد يتفق الاطراف فيما بينهم على تحكيم العرف إذا نشأت بينهم خلافات ، أو يتفقون على إستبعاده .

ويلعب العرف دوراً هامًا وخطيراً فى تكملة العقد ، وسد النقص فيه ، وذلك بأضافة شروط قانونيه جرى العمل بها ، وإن كانت لم ترد فى العقد

(١) د./ توفيق فرج - المرجع السابق ص ٣٦٤ .

(٢) نقض مدنى - جلسة ١٩٧٤/١١/٢٦ - مجموعة الأحكام س ٢٥ ق - طبعة رقم ٢٢٠ لسنة ١٢٩١ ، فى جلسة ١٩٧٤/٥/٧ - مجموعة الأحكام س ٢٥ ق - طبعة رقم ١٣٣ ص ٨٠٨ .

أصلا[1] . وقد إستقر قضاء محكمة النقض المصرية [2] على ذلك ، إذ قضت بأنه« لا يكون للعامل الحق فى المطالبة بأجوراً إضافيه عن الفروق بين ساعات العمل الذى كان يجرى عليها نظام العمل فى المنشأه وتلك التى حدودها القانون إلا إذا كان قد نص على ذلك فى عقد العمل إذ كان العرف فى المنشأة قدإستقر على منحهم هذه الأجور الإضافية ، بحيث أصبحوا يعتبرونها جزءًا من الأجر لا تبرعًا ».

٢ - الرجوع إلى الظروف الشخصية والموضوعية للمتعاقدين .

ومن أمثلة الظروف الشخصية ، البحث عما إذا كانت هناك علاقة قرابه أو زوجيه بين المتعاقدين ، وتطبيق لذلك أيدت محكمة النقض المصريه [3] الحكم المطعون فيه ، فيما إنتهى إليه بصدد فيه الطرفين ، وانصرافها إلى أن المقصود بالتصرف محل النزاع هو الوصيه وليس البيع المنجز ، أخذاً من أن الطاعنة لم تدفع ثمن الأرض المسمى فى العقد ، وأن حالتها الماليه تسمح لها بذلك ، وأن المنصرف قد إحتفظ لنفسه بحق الإنتفاع بالأرض موضوع التصرف حال حياته ، ولم تقم الطاعنه بزراعة تلك الأرض إلا بأعتبارها زوجته ووكليه عنه .

---

(١) د./ نعمان جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧ - ص ٢١٠ ومابعدها .

(٢) نقض مدنى مصرى ، جلسة ١٩٦٩/٢/١٢ - المكتب الفنى - س ٢٠ ق - طبعة رقم ٦٨ ص ٤١٨ .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٤/٣/٤ - مجموعة الأحكام - المكتب الفنى س ٢٥ - طبعة رقم ٢ ص ١٢ .

ومن الظروف الموضوعيه للتعاقد ، مجموع الوقائع الماديه سواءا مكتوبه أو غير مكتوبه ، سابقة أو لاحقه أو معاصره لابرام التصرف ، ظاهره كانت أم مستتره ، ومنها أيضا المكاتبات المتبادله بين الاطراف المتعاقده والتى تتبادل أثناء فترة المفاوضات كل هذه الظروف تعتبر مجرد قرائن تساعد القاضي فى معته للوصول الى القصد المشترك للمتعاقدين [1] . أو الاستعانه بهذه العوامل سواء كانت داخلية أو خارجية ، تؤدى الى نتيجتين مختلفتين :-

الأولى : هى أن يصل القاضى ، باستخدام هذه العوامل ، الى القصد المشترك للمتعاقدين ، على الرغم من غموض الشرط محل النزاع .

الثانيه :- وفيها يتوصل القاضى الى أن الشرط المتنازع فيه لا يعبر مطلقا عن القصد المشترك للمتعاقدين .

١ - الشرط يعبر عن إرادة المتعاقدين :

وفى هذه الحالة إذا كان الشرط يعبر عن القصد المشترك للمتعاقدين فان عمل القاضى ينصب على الوثائق السابقه على التعاقد ، ثم على العقد نفسه وموقف الاطراف بعد صياغته . فاذا كان العقد أو بعض من شروطه هدفا من معاملة أو تداول مكتوب ، فان المراسلات والمعاملات المستقبليه بين الاطراف المتعاقده يمكن أن تكون الوسيله التى يصل القاضى من خلالها

---

(١) نقض مدنى جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض - س ١٧ ق - طعن رقم ٢١٩ - ص ١٧٣٥

الى القصد المشترك للمتعاقدين . وقد أكدت محكمة النقض الفرنسيه هذا القول بحكمها الصادر فى ٢١ فبراير سنة ١٩٧٩ (١).

- وإذا كان الامر ينصب على إدراك معنى شرطا خاصا ، إما بعلاقته مع الشروط الأخرى للعقد ، وإما بعلاقته مع العقد الذى يتعلق به هذا الشرط ، فإن القاضي يجت عليه أن يضع هذه الشروط المتناقضه داخل مضمونها ومحتواها الإجتماعى ، مع الاخذ في الاعتبار لديناميـة وهدف العقد . ومن أمثلة ذلك إعتبار شرط عدم المنافسه المنصوص عليه فى عقد عمل يربط فرع الشركة القائم في فرنسا بالشركه الرئيسيه فى المانيا أو فى الخارج بدون مغزى ، وذلك لإنحصار دور الفرع القائم فى فرنسا على بيع المواد المصنعة من الشركة الالمانية . (٢)

ومن هذه الامثله أيضا تلك الحكم الصادر من مكمة النقض الفرنسيه بتاريخ ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ (٣) ، والذى ربط بين العقد الخاص بأيجار

---

(١) - Cass civil , 21 Fevr 1979 . Bull civil , O No 135 . P. 108 .
- D. LEDOUBLE " op .cit . P 106

(٢) - Cass . com , 1er avril 1981 . D 1988 . T.R. 200 .

(٣) - Cass civil : 121 Fever 1957 . Bull . civil No 205 . P. 141 "
C'est à bon droit qui les juges du fond , usent de leur pouvoir souverain d'interpréter les convention intervenues entre les parties , ont estimé que l'acte de location du mobilier était lié au bail et formait avec lui un tout indivisible exprim mant sens aucun doute l'intention commune des parties de conclure en deux acts séparés ce qui n'est pas interdit . un accod d'ennsemble partant en defintive , sur une veritable location en meublé " .

المنقولات ، وتلك التى يتعلق بايجار العقار ، واعتبر أن هذين العقرين يشكلان في مجموعهما القصد المشترك للمتعاقدين فى اعتبار الايجار مفروش ، بالرغم من إنفصال العقدين عن بعضهما .

ويمكن للقاضى أن يستعين بسلوك الاطراف ، وتصرفاتهم التاليه لابرام العقد ، واذا أنها توضح لكيفية إدراك العقد من قبل الاطراف وما يقصدونة من وراءه ، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية من جانبها بأن قضاة الموضوع يكلفون بالبحث عن إرادة الاطراف المتعاقده ، وذلك من خلال عبارات العقد ، وتصرفات الاطراف التاليه لابرام العقد ومن أحكامها فى هذا الصدد تلك الصادر بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٥٧ والذى قضت فيه بالآتى « يجب على قضاة الموضوع البحث عما هو القصد المشترك للمتعاقدين لحظة إبرام العقد ، وذلك بالاستناد إلى تصرفاتهم اللاحقه لابرام العقد ، والتي يمكن أن تقدم لهم العون في تحديد المفهوم الذى يقصده الاطراف من التصرف .

مما سبق يتضح لنا أنه إذا كان الشرط يعبر عن حقيقة قصد المتعاقدين ، ولكن شابه بعض الغموض أو الابهام ، فأن القاضى يمكنه إدراك معناه ، وذلك بالاستناد الى الوثائق السابقه على التعاقد ، وكذلك بصرفات المتعاقدين التالية لابرام العقد .

ولكن إذا لم يعبر الشرط عن القصد المشترك للمتعاقدين ، فماذا

---

(١) - Cass civil 29 mars 1957 - Bull - civil N° 179 . P. 146 ; 5 fivr 1971 . D . 1971 P. 281 . Elle decide que " Il appartient aux juges du fond de rechercher l'intention des parties contractants dans las termes employés par elles comme dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester "

يفعل القضاء حياله ؟ هذا هو ما نوضحه من خلال النقطه التالية :

٢ - الشرط لايعبر عن الارادة المشتركة للمتعاقدين :

إن مشكلة التناقض بين شرط عقدى ، وبين الاراده الحقيقيه للأطراف يثير أولا بصدد الخطأ المشترك . وهذا النوع من الخطأ يجب أن يكون متميز عن الخطأ الذى ينصب على جوهر العقد ، والذى لا يمكن تكيفه بخطأ مشترك لان ارتكابه من قبل أحد طرفى العلاقه فقط يؤدى الى بطلان العقد .

فالاستناد الى الخطأ المشترك يؤدى الى بطلان العقد ، وإذا كان ينصب على صفه جوهرية للعقد أما إذا كان الخطأ قد أرتكب لحظة إبرام العقد ، من قبل طرفيه ، ثم إدعى أحد الاطراف «الطرف الذى يعانى من التحرير الخاطئ للعقد» أن الشرط المتنازع فيه لم يكن مقصودا لحظة إبرام العقد ، وإدعى الطرف الآخر بصحة هذا الشرط ، ومن ثم تمسك بالتطبيق الحرفى للعقد ، فأن هذا النوع من الخطأ لا ينصب على صفة جوهريه للعقد ، ومن ثم فأن القاضى يجب عليه أن يجتهد فى مثل هذه الحاله ، للوصول الى الارادة الحقيقيه للأطراف المتعاقده بدون أن يقف عند المعنى الحرفي لعبارات العقد ، وأن يساهم في إقامة الدليل على أنه رغم الوضوح اللغوى للشرط ، فأنه لا يعبر عن القصد المشترك للطرفين . ويمكن أن يستمر هذا الدليل من عدم توافق عبارات العقد مع الاهداف التى يبتغيها الأطراف من العقد (١)

---

(١) - Cass civil 25 aout 1856 . s. 1857 . T. 1 . 137; Req juill 1926 . Gaz Pal . 1926. P.2525. " Elle estime que " La preuve peut resulter de l'inadequation des termes du contrat aux fins poursuiyies par le parties " .

أو يستمده من الواقع الذى يدل على أن التطبيق الحرفى للشرط المتنازع فيه يمكن أن يؤدى الى نتيجه منافيه للعقل . [1]

- بالاضافه الى ذلك ، فإن القاضى يمكن أن يستعين بخبير ، للتحديد ماهيه شروط العقد وما الهدف الذى يبتغيه المتعاقدين من وراء العقد ، ومن ثم تحديد ما إذا كان الشرط المتنازع فيه يعبر عن إرادة المتعاقدين من عدمه . وهذا هو ما فعلته محكمة Lyon (١) فى حكمها الصادر بتاريخ ٢١ يوليو سنة ١٩٤٣ ، والذى كان يدور حول إستبدال حقوق الإنتفاع لأرمله إلى مرتب مدى الحياه ، من خلال عقد كان يتضمن شرطا يقضى بإمكانية تعديل هذا المرتب بناءا على طلب أحد طرفى العلاقه التعاقديه إذا حدث تباين فى تكاليف الحياه بنسبة ١/٥ سواء بالزياده أو النقصان . والعقبه التى صادفت المحكمة من هذه المنازعه كانت تتعلق بكيفية تقدير التغيرات فى تكاليف الحياه ، والاساس الذى يستند إليه هذا التقدير . وإمام هذه العقبه عهدت المحكمة بهذه المهمة لخبير ليحدد معيار تقلب الاسعار وتطورها ، ومن ثم توزيع المرتب على أساس التكاليف الحقيقيه للحياه .

وهناك مثلا أخر يوضح مدى الدور الذى يلعبه القاضى بصدد توضيح الاراده الحقيقيه للمتعاقدين وهذا المثل يتعلق بالشروط النموذجيه التى تتضمنها العقود المطبوعه ، والتى لا تملى من قبل المتعاقدين .

---

(١) - Cass . civil 22 nov. 1865 . D.P. 1866 . I. 109 " Elle peut étre déduite du fait que l'application à la littre des dispositions litigieuses abouterait à un résultat absurde " .

(٢) - Lyon 21 Juill 1943 . Caz.Pal . 1943 . 2 119 .

يفعل القضاء حياله ؟ هذا هو ما نوضحه من خلال النقطه التالية :

٢ - الشرط لايعبر عن الارادة المشتركة للمتعاقدين :

إن مشكلة التناقض بين شرط عقدى ، وبين الاراده الحقيقيه للأطراف يثير أولا بصدد الخطأ المشترك . وهذا النوع من الخطأ يجب أن يكون متميز عن الخطأ الذى ينصب على جوهر العقد ، والذى لا يمكن تكيفه بخطأ مشترك لان ارتكابه من قبل أحد طرفى العلاقه فقط يؤدى الى بطلان العقـد .

فالاستناد الى الخطأ المشترك يؤدى الى بطلان العقد ، وإذا كان ينصب على صفه جوهرية للعقد أما إذا كان الخطأ قد أرتكب لحظة إبرام العقد ، من قبل طرفيه ، ثم إدعى أحد الاطراف «الطرف الذى يعانى من التحرير الخاطئ للعقد» أن الشرط المتنازع فيه لم يكن مقصودا لحظة إبرام العقد ، وإدعى الطرف الآخر بصحة هذا الشرط ، ومن ثم تمسك بالتطبيق الحرفى للعقد ، فإن هذا النوع من الخطأ لا ينصب على صفة جوهريه للعقد ، ومن ثم فإن القاضى يجب عليه أن يجتهد فى مثل هذه الحاله ، للوصول الى الارادة الحقيقيه للأطراف المتعاقده بدون أن يقف عند المعنى الحرفي لعبارات العقد ، وأن يساهم في إقامة الدليل على أنه رغم الوضوح اللغوى للشرط ، فإنه لا يعبر عن القصد المشترك للطرفين . ويمكن أن يستمر هذا الدليل من عدم توافق عبارات العقد مع الاهداف التى يبتغيها الأطراف من العقد (١)

---

(١) - Cass civil 25 aout 1856 . s. 1857 . T. 1 . 137; Req juill 1926 . Gaz Pal . 1926. P.2525. " Elle estime que " La preuve peut resulter de l'inadequation des termes du contrat aux fins poursuivies par le parties " .

أو يستمده من الواقع الذى يدل على أن التطبيق الحرفى للشرط المتنازع فيه يمكن أن يؤدى الى نتيجه منافيه للعقل . (1)

- بالاضافه الى ذلك ، فإن القاضى يمكن أن يستعين بخبير ، للتحديد ماهيه شروط العقد وما الهدف الذى يبتغيه المتعاقدين من وراء العقد ، ومن ثم تحديد ما إذا كان الشرط المتنازع فيه يعبر عن إرادة المتعاقدين من عدمه . وهذا هو ما فعلته محكمة Lyon (1) فى حكمها الصادر بتاريخ ٢١ يوليو سنة ١٩٤٣ ، والذى كان يدور حول إستبدال حقوق الإنتفاع لأرمله إلى مرتب مدى الحياه ، من خلال عقد كان يتضمن شرطا يقضى بإمكانية تعديل هذا المرتب بناءا على طلب أحد طرفى العلاقه التعاقديه إذا حدث تباين فى تكاليف الحياه بنسبة ١/٥ سواء بالزياده أو النقصان . والعقبه التى صادفت المحكمة من هذه المنازعه كانت تتعلق بكيفية تقدير التغيرات فى تكاليف الحياه ، والاساس الذى يستند إليه هذا التقدير . وإمام هذه العقبه عهدت المحكمة بهذه المهمة لخبير ليحدد معيار تقلب الاسعار وتطورها ، ومن ثم توزيع المرتب على أساس التكاليف الحقيقيه للحياه .

وهناك مثلا أخر يوضح مدى الدور الذى يلعبه القاضى بصدد توضيح الاراده الحقيقيه للمتعاقدين وهذا المثل يتعلق بالشروط النموذجيه التى تتضمنها العقود المطبوعه ، والتى لا تملى من قبل المتعاقدين .

---

(١) - Cass . civil 22 nov. 1865 . D.P. 1866 . I. 109 " Elle peut étre déduite du fait que l'application à la littre des dispositions litigieuses abouterait à un résultat absurde " .

(٢) - Lyon 21 Juill 1943 . Caz.Pal . 1943 . 2 119 .

المطلب الثانى

دور القاضى فى حل التناقض بين شروط العقد

إنه إذا كان هناك تناقض بين الشروط التى يتضمنها عقد ما من العقود ، فإن القاضى يفترض أن الأطراف لا يرغبون فى إنشاء تصرفات عديمة الفاعلية ، وإنه إذا كان هناك نوع من التناقض بين هذه الشروط ؟ فإن هذا ليس سوى نتاجًا لنقص فى قصد المتعاقدين لحظة إبرام التصرف .

وفى الواقع العملى ، فان التناقض قد يقع بين شرط واضح وآخر غامض ، ،وقد يقع بين شرطين واضحين ، ولذلك سأعرض لهذين النقطتين فى الآتى : -

١ - التناقض بين شرط واضح وآخر غامض .

ولصدد هذا التناقض ، قضت محكمة النقض الفرنسية [١] بأنه إذا كان الشرط واضحًا ، ومقدراً تقديراً كافياً فانه ينطبق كما هو بدون حاجة إلى تفسير ، أما إذا تعمد الشرط غموضًا ، فان قضاة الموضوع يجتهدون فى تفسيره بحيث يصلوا إلى معنى يتفق مع الشرط الواضح .

وإذا كان يتعذر التناقض بين الشروط العقديه ، فإن القضاء يجب عليه أن يجنح إلى الشرط الواضح ، بأعتباره هو الأفضل تعبيراً عـــن إرادة المتعاقدين ، أو يرجع إلى اشرط الأكثر ملائمه لموضوع العقد ، وهذا هو ما يتضح من حكم محكمة النقض الفرنسيه الصادر

(١) - Cass civil 9 oct. 1940. d. A., 1941. 130 : cass civil 23 avr. 1945. D. 1945.

بتاريخ ٢٩ يونيه سنه ١٩٤٨ (١) . وهنا يتجلى دور القضاء ، حيث أن هذا النوع من التناقض بين الشروط يتعلق بتفاصيل داخليه للعقد ، لا يمكن أن تحل عن طريق الأداة التشريعيه ، وذلك لأنها تحتاج إلى دراسه تحليليه لقصد المتعاقدين ، لا يتسنى لغير القضاه القيام بها .

٢ - حل التنازع بين شرطين واضحين .

إنه إذا كان هناك تناقضًا بين شرطين واضحين ، فان هذا التناقض يصيب العقد فى مجموعة بالغموض . ولكى يحل القاض هذا التناقض فانه يلجأ إلى العديد من الوسائل ، منها : -

أولاً : أن يتجاوز القاضى هذا التناقض ، ويحاول الوصول إلى قصد المتعاقدين ، وبصفة خاصه إذا كانت الشروط المتناقضة قابلة للتوافق فيما بينها (٢).

ثانيًا : أن يحاول تفضيل شرط على آخر ، وذلك بالنظر إلى جوهر العقد . وهذا هو ما قررته محكمة النقض الفرنسيه بحكمها الصادر بتاريخ ٦ فبراير سنة ١٩٤٥ (٣) حيث وضعت بمقتضى هذا الحكم المبدأ الذى يقضى بتغليب الشرط الذى يلجى لجوهر إرادة المتعاقدين .

---

(١) - Cass civil 29 juin 1948 - 554.

(٢) - Cass civil 29 nov. 1958 Bull, civil T. I. N° 520. P. 424.

(٣) - Req. 6 fevr. 1054 . Gaz Pal 1945. T. I. 116 . " Lorsque deux clauses non a mbigues sont alsolement inconciliables , il appartient ou juge du fond de faire prevaloir celle dont l'execution repond a l'essentiel de la volonte des parties " .

وهذه الوسيلة يكثر إستخدامها بصدد العقود شروطًا عامه وأخرى خاصة ، أو تلك التي تتضمن شروطًا مطبوعه مبقا وشروطًا مكتوبه بخط اليد أو بأله كاتبه ، إذ أن الشروط الخاصه يجب أن تفضلها عن الشروط العامه ، وذلك لأنها تناقض لحظة إنشاء العقد ، ومن ثم تكشف عن القصد الحقيقي للمتعاقدين ، ومن أمثلة هذه العقدو ، عقد الإذعان ، إذ أن هذا النوع من العقود يعتبر المجال الخصب لإستخدام مثل هذه الوسيله ، لذلك نعضر لدور القاضي بصدد هذا النوع من العقود .

إذا كان الأصل العام في التعاقد ، أن يتم في جو من الحرية والنقاش ، والمساءمه بين أطراف التعاقد لكي يناقش كل طرف شروط الطرف الآخر ، ويعد كل منهما عن شروفه ، والتي تتم الموافقه عليها من قبل الطرف الآخر . إلا أن هناك خربًا من العقود يشذ عن ملك الأصوليه ، فلا يكون هناك نقاش أو مساومه أو مفاوضات . بل يضع أحد الطرفين في حالات كثيره الشروط الخاصه بالتعاقد سلفًا على نحو لا يقبل المناقشة ، بل يضع أحد الطرفين في حالات كثيره الشروط الخاصه بالتعاقد سلفًا على نحو لا يقبل المناقشه ، ويعرضها على جمهور الناس الذين لا يكون لهم الخيار إلابقبول الصفقة برمتها أو رفضها جميعًا ، ولما كان الآخير مضطراً في غالب الأحوال إلى التعاقد على شئ لا غنى عنه ، كأن يكون التعاقد متصلاً بأحد المرافق الأساسيه ، فانه يرضى ويقبل بما جاء بهذه الشروط [1].

---

(١) راجع في عقود الإذعان د/ عبد المنعم فرج الصده - رسالة دكتوراه في عقود الإذعان مقدمه لجامعة القاهرة سنة ١٩٤٦ .

د./ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الإلتزامات - مصادر الإلتزام - المجلد الأول - العقد ص ٢٩٤ - الناشر دار النهضة العربية .

وهذا النوع من العقود وليد التطور الإقتصادى الذى نعيشه ، وظاهره جديده إقتضتها المدنيه الحديثه التى تتطلب إبرام أكبر عدد ممكن من العقود ، وفى أقل وقت وبأقل مجهود ، الأمر الذى أدى إلى إنضرار الموجب بتحديد شروط العقد ، وذلك لإحتكاره فى غالب الأحوال لضروريات الحياه ومتطلباتها ، وبصفه خاصه تلكالتى تتطلب أموالاً ضخمه ومجهودات كبيره ، لا يستطيع القيام بها إلا كبرى الشركات مثل خدمات المياه والكهرباء والغاز والنقل .

ورغم أن طرفى هذه العلاقه لا يتفقان على قدم المساواه من حيث المناقشه الحره للعقد ، ووضع بنوده ، فأن القضاء مع ذلك لعب بصددها دوراً كبيراً ، وذلك بحمايته للطرف الضعيف فى هذا النوع من العقود وذلك باستخدام بعض الوسائل القانونيه التى تحقق الحمايه لهذا الطرف ، منها :

أ - أنه كان يقضى بعدم سريان الشرط الذى لا يعلم به الطرف المذعن ، ولم يكن فى وسعه أن يعلم به عند التعاقد ، مثل بطلان الشـرط الذى يحد من مسؤليه الناقل بالسكه الحديد عن تلف الأمتعه ، إذا لم يذكرهذا الشرط فى تذكرة النقل التى وقع عليها لمرسل إليه [1] .

ب - إنه كان يقضى أيضًا ببطلان الشرط الذى يراه قاسياً ، إذا كانت المخالفه التى يترتب عليها سرينه وقد وقعت من الطرف المذعن بحسن نيه ككتمان المذعن بيانات معينه إعتقاداً فيه أن هذه البيانات

---

(١) إستئناف مختلط فى ٢١ / ٥ / ١٩٠١ - مجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٣ ص ٣١٧ .

لأهمية لها [١] .

جـ - إتجه القضاء إلى فكرتى النظام العام والتعسف فى إستعمال الحق ، لحماية الطرف المذعن فى العقد ، ولهذا أنه قد قضى ببطلان من الشرط الذى يعفى من المسؤليه عن هلاك البضاعه و تلفها ، وقضى بتقيدها فى حالة الغش والخطأ الجسيم سواءً فى عقد النقل البرى [٢] أو البحرى [٣].

د - إتجه القضاء أيضًا إلى تفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن ، وذلك لأن الطرف الأقوى هو الذى أملى الشروط وقام بتحرير العقد ، ومن ثم فإن تبعيه الغموض يجب أن تقع على عاتقه ، والمجال الحضب لذلك هو عقود التأمين حيث أن القضاء المختلط [٤] وقف بقدم الإعتداد بالشروط الذى تلغيه إرادة لا حقه ، كما إذا اشترطه فى عقد التأمين أن تدفع الأقساط فى محل الشركه ، ثم إعتياد الشركه بعد ذلك على تحصيلها فى محل المؤمن له ، إذ إعتبرت أن هذا يعد نزولاً من جانبها عن الشرط .

أ - يحول القضاء أيضًا حماية الطرف المذعن من الشروط

---

(١) إستئناف مختلط فى ٦ / ٩ / ١٩٢٠ - مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٣ ص ٢٦٠ .

(٢) إستئناف مختلط فى ٦ / ٩ / ١٩٢٠ - مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٣ ص ٢٦٠ .

(٣) إستئناف مختلط فى ٢١٦ / ٢ / ١٩٣٠ - مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٨ ص ٢٧٥ .

(٤) إستئناف مختلط فى ٢٨ / ٥ / ١٩٤١ - مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٣ ص ٢٠٥ .

التعسفيه ، وذلك بالتطبيق لنص الماده ١٤٩ [1] مدنى مصرى والتى تنص على أنه « إذاتم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفيه ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقًا لما تقضى به العداله .

ب - كذلك يفسر القضاء الشك لمصلحة الطرف المذعن ، وذلك بالتطبيق لنص المداده ٢/١٥١ [2] من مصرى والتى تنص على أنــه « لا يجوز أن يكون تفسير العبرات الغامضه فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن .

وإذا كان الأصل فى قواعد التفسيرأن الشك يفسر مصلحة المدين عند غموض العباره ، فان المشرع قد خرج على ذلك وقرر أن يكون تفسير الشك إن وجد فى مصلحة الطرف المذعن سواءاً كان هذا الطرف دائنًا أو مدينًا ، حيث أن الطرف القوى فى عقود الإذعان ينفرد وبتحرير العقد ، كما أن لديه من الوسائل ما يستطيع من خلالها أن يورد عبارات غايه فى الموضوع ، فاذا شابها غموض كان ذلك راجعًا إليه ، وعليه تقع تبعية ، لإعتباره متسببًا فى هذا الغموض .

جـ - بالإضافة الى ذلك ، فان المشرع قد ترك للقضاء حرية البحث فى الخصائص المميزه لهذا الضرب من العقود ، وتقدير ما إذا كان التعاقد متعلقاً بسلطة أو مرمتًا ضروريًا للمستهلكين ، ويقدر ما

---

(١) المادة ١١٩ مدنى مصرى - القانون المدنى وفقا لآخر التعديلات - إعداد / محمد عرفه - الطبعة الأولى ، بدون تاريخ ، ص ٣١ .

(١) المادة ١٥١ / ٢ - القانون المدنى وفقا لآخر التعديلات ، إعداد / محمد عرفة ، الطبعة الأولى بدون تاريخ ص ٣١ .

إذا كان إحتكار السلطة أو المرفق إحتكاراً قانونيًا أم فعليًا ، ومن أحكامـــه فى هذا الصدد ما قضت به محكمة به محكمة النقض المصريه [1] بحكمها الصادر بتاريخ ١٢ / ٣ / ١٩٧١ بأن السلع الضروريه التى تكون محلها لعقود الإذعان هى التى لا غنى للناس عنها ، والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونون فيوضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ، ومن ثم لا يمكنهم رفض الشروط التى بعضها الموجب ولو كانت جائرة .

ومن أمثلة ذلك أيضًا ما قضت به فى حكـــمها الصـــادر بتـــاريخ ٣ / ١٩٦٩/٦ [1] بأنه لكى يعتبر العقد عقد إذ كان يجب أن يتضمن إحتكاراً قانونيًا أو فعليًا أو فى القليل السيطره مع السلطه أو المرفق ، مما يجعل يجعل المنافسه فيه محدودة النطاق ».

ثالثًا : والوسيلة الثالثة تعتبر أيضًا من الوسائل الفعالة ، والتى إختلقها الفرنسى ، وهى تعتمد على تقدير بطلان الشروط المتناقضه ، ومن ثم إعادة البحث من جانب القضاء عن المضمون الأساسى للعقد ، وإدراك الحل الذى يرتضيه الأطراف .

ومن الأحكام الصادرة فى هذا المجال تلك الصادرة من محكمة النقض الفرنسيه بتاريخ ١١ يناير سنه ١٩٤٣ [2] ، والذى كان يدور

---

(١) نقض مدنى جلسة ٣ / ٦ / ١٩٦٩ - مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢ ص ٨٥١ .

(٢) - Cass. civil. 11 janv . 1943 . D.C . 1943 . 48 .

موضوعه حول وجود خلاف بين مجموعة مُدمنين فرنسيين ، وبين شركة تأمين إنجليزيه كانت قد وقعت معهم عقداً بقصد حماية مصنع ضد خطر الإستيلاء بسبب حدوث إضراب من جانب العمال - على شرطًا يمنع هؤلاء المؤمنين من المساهمه فى الإضراب . وهذا العقد قدوقع فى ١٢ يوليو سنه ١٩٣٦ ، بحيث يبدأ فى إنتاج آثاره يوم ١٤ يوليو سنه ١٩٣٦ ، ولكن المصنع قد إحتل من قبل العمال -- بما فيهم المؤمنين - يوم ١٣ يوليو سنه ١٩٣٦ . وهنا إدعت شركة التأمين بعدم تنفيذ شروط الضمان ، ولكن إدعائها هذا قد رفض من قبل قضاه الموضوع ، والذين قرروا أن تعبير "at - incaption" يشير إلى تاريخ تحرير العقد ولا يشير إلى بدأ سريانه . وعندما تنقل النزاع إلى محكمة النقض تبين لها إختلاف الأطراف حول مفهوم الشرط إذ يتمسك المؤمنين بأن العقد يبدأ سريانه من تاريخ تحريره ، بينما تمسكت شركة التأمين ببدأ سريانه التنفيذ وذلك إعتبرته فى حكم العدم ، وقضت بحماية المؤمنين فى مواجهة شركة التأمين ، وذلك بتغليب مصلحتهم على مصلحة شركة التأمين .

المبحث الثانى

الدور الإنشائى للقاضى حيال العقد

أن الدور الإنشائى للقاضى بصدد العقد ، يظهر بوضوح حينما ينصب عمله على تكمله العقد ، وذلك حينما يقوم بسد الثغرات من عدم المساواه العقديه بين المتعاقدين ، أو ينصب على تصحيح الشروط التى تستوجب البطلان أو تلك التى يصبح تطبيقها مستحيلاً على إثرى عدم إتفاق الأطراف المتعاقده بشأنها (١) .

ولذلك سأعرض لهذين الدورين من خلال المطلبين الآتيين

المطلب الأول : دور القاضى فى سد ثغرات العقد .

المطلب الثانى : دور القاضى فى تصحيح شروط العقد .

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع :

R . DAVID et D. P PUGSLEY " Les contrat en droit anglais " 2 me ed (L.G . D . J .) . 1985 . N° 358

حيث يرون أن القاضى الذى يقوم بتشييد مضمون ومحتوى العقد على أساس من العدل والإنصاف ، وقد عبر عن ذلك بالآتى : -

" L'interprétation des clauses du contrat à toujours été regardée en engltaire " comme étant un question de droit . Il ne s'agit pas de fait d, établir ce que les parties ont voulu : on s'attache essentiellement à detrminer ce que elles ont fait et à que elles ont dit , a la lumiére de ce que , une personne raisonable doit normalement inferer de leur comportement et de leurs écrits étant donne toutes les circonstances de l'espéce " .

المطلب الأول

دور القاضي فى سد ثغرات العقد

أن الدور التكميلي للقاضي بصدد العقد يظهر أمام العيان ، حينما يقوم بأضافة إلتزامات تابعة إلى الإلتزامات الرئيسية التى شيدتها الأطراف المتعاقده ، أو حينما يقوم بتجديد العنصر الجوهرى ، والذى لا يمكن أن يكون للعقد فعاليه بدون وجوده .

ولذلك سأعرض لهذين النقطتين تباعًا .

أولاً : إضافة إلتزامات ثانويه :

أن التطور القضائى الذى يقود المحاكم إلى تكملة العقد ، بأضافة إلتزامات ثانويه إليه ، أصبح اليوم هدفا لدراسات فقهية عديدة من الصعب التصدى لها هنا ، بل سأقتصر على تقديم بعض الأمثلة التى توضح دور القضاء بصدد هذه النقطة ، وذلك قبل عرض الاساس القانونى لاحكام القضاء بصددها. ومن أهم هذه الامثلة تلك الاضـــافة التى لا تقبل المنازعه ، والمتعلقة بالالتزام بالسلامة فى عقد نقل الاشخاص والتى تم نقله من عقد نقل الاشياء الذى يخضع لحكم المادة ١١٤٧ مدنى فرنسى ، المقابلة للمادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى .

فبعد أن كان الناقل لايلتزم بتعويض المسافر عمايلحقه من أضرار الا أذا أقام الدليل على خطأه ، وفقا للمبادئ العامه للقانون ، أصبح الان يلتزم بايصال المسافر معاف وسليم الى المكان المبتغى ، باعتباره ملترما بتحقيق نتيجة ، وهذا هو ماقررته محكمة النقض الفرنسـية فـى حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ يناير سنة ١٩١٣ [1]حيث قالت « يكفى أن

(١) - Cass civil 27 janv. 1913 D.P. 1913 . 1 / 249

يثبت المسافر أن الشركة لم تنفذ التزامها بنقله الى المكان المتغى معافى وسليم لكى تنعقد مسؤليتها » ثم أضافت الى عقد النقل التزاما جديدا يتعلق بوفاة المسافر أثناء السفر نتيجة لوقوع حادثة فى الطريق ، إذ أقرت بوجود مشارط ضمينة بين المسافر والناقل تجيز لاقاربه المطالبة بالتعويض عن الخساره التى أصابتهم نتيجة لوفاة المسافر [1].

– وعلى إثرى هذه الاحكام إمتد نطاق الالترام بالسلامه الى المجال الطبى إذ أن محكمة النقض الفرنسية [2] بحكمها الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٥٩ بمسؤلية المعامل الدوائية عن تقديم العلاج الذى يجب أن يتبع من قبل المريض ، و إعتبرت أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة ثم وسعت من دائرة نطـــاق هذا الالترام ، بحيث أصبح التزاما يلقى على عاتق المقاولين الذين يقومون بدراسة المحــاصيل الزراعية [3] والبيطاريين ، [4] وذلك الذين يتولون إدارة المنـــازل [5] ، والذين يمتـــهنون حرفـــة الفروسيـــة [6].

– ولم يقف القضاء عند هذا الحد ، بل إستمد من هذا الالتزام ما يسمى بواجب النصح والإرشاد الذى يقع على عاتق فئات كثيرة يرتبطون

---

(١) D: AMBRA" L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges "(L.C.D.J.) 1994 . P. 55 .

(٢) -Cass civil 1er mars 1954, J.C.P. 164. T.2. 8083 Note P.Esmain

(٣) -cass civil . 1er mars 1954 , J.C.P. 1964 . T.2 - 8083 note P. Esmein .

(٤) -Trib civil chalon - sur - soone , 24 juin 1952 . G.P.

(٥) -nancy 26 juin 1925 . D.P. 1927 . 25 .

(٦) -Paris 25 mars 1954 . D . 1954. G.C.P.1954. T.2. 8094 .

بعقود مع عملائهم مثل الموثقين ، والمحامين ، والمهندسين ، والمقاولين ، والأطباء وموظفى البنوك وشركات التأمين .

- ومن الامثلة التى توضح الدور التكميلى للقاضى ، تلك التى تتعلق بالعقود التى تتضمن التزاما بالاعلام ففى مجال البيع مثلا يلتزم البائع الوظيفى بتقديم المعلومات الخاصة بالسلعة محل البيع ، الى المشترى ، ولا سيما إذا كانت مكونات هذه السلعة على قدر مامن التعقيد ، أو يلتزم بواجب التحذير أو التنبية إذا كانت السلعة المباعة لها خطورتها عند الاستخدام [1] .

فهذا الالتزام قد مر بنفس التطور الذى أخذه الالتزام بالسلامة إذ أنه بدأ يمتد الى العديد من الوظائف مثل المولين بالأموال ، والخدمات .

مما سبق يتضح لنا أن الدور التكميلى للقاضى بصدد العقد لا يتوقف عند البحث عن الارادة الضمنية للمتعاقدين ، بل يمتد الى إضافة بعض الشروط العادلة و الضرورية ، والتى تلزم لتحقيق العدالة العقدية .

ثانيا: إضافة التزامات جوهرية لازمه لفعالية العقد .

أن دور القاضى فى هذا المضمار ينصب على إضافة التزامات أساسية لازمه لفعالية العقد فعلى الرغم من أن التصرف تم صياغتة ، فأنه مع ذلك لا ينتج أثارة الا بتدخل من جانب القاضى ودورة هنا لا يقف عند حد تأكيد محتوى التزام أساسى " Obligation Fondamentale " مثل السعرفى عقد البيع ، اذ أن غياب مثل هذا العنصر يؤدى الى إنعدام

---

(1) -CF. J.GHESTIN " Conformité et garantiss dans la ventae " (L.G.D.J.) 1983, N° 269 .

العقد ، فنشاط القاضى هنا ينصب على دنيامكية العقد ، بحيث لايصبح مشلولا أو راكدا على أثرى عدم كفاية بالشروط العقدية لانتاج آثارة .

والأحكام التى تتصدى لمثل هذا النوع من النشاط قليلة الى حدما ، لانه فى ظل نظام يقوم على الرضائية مثل نظام العقود ، يبدو من الصعب المقول بالسماع للقاضى بتشيد الارادة الغائبة للاطراف المتعاقدة ، وهذا لان الاطراف حينما يجيزون عمل القاضى هذا ، فإن المحاكم تحتمى غالبا وراء دورهم فى تفسير ارادة المتعاقدين ويميلون الى إنكار الصفه الجوهرية للثغره التى تم تكملتها من قبلهم [1] .

ومن الأحكام التى صدرت فى هذا الصدد ، حكم محكمة النقض الفرنسية [2] الصادر فى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٤٣ ، والتى قضت بموجبه بأحقية طرف العلاقة الايجارية فى إعطاء الاذن بالايجارة ، مكملة بذلك مضمون العقد ، الذى لم يتضمن اعطاء مثل هذا الحق وحكمها الصادر بتاريخ ١٨ يناير سنه ١٩٨٣ [3] والتى حددت بمقتضاه لتاريخ استرداد القرض بدلامن المتعاقدين الذين أهملوا تحديد هذا التاريخ فى عقد القرض .

ومن الأحكام الهامة فى هذا الصدد تلك التى تتصدى لتقدير الاتعاب والمرتبات على أساس مبلغ لم يكن قد تم الاتفاق علية من قبل المتعاقدين ، ومن هذه الأحكام حكم محكمة النقض الفرنسية [4] الصادر بتاريخ ١٥ ديسمبر سنة ١٩٧٣ والذى يتعلقب بعقد معاونه أو مساعدة قد

---

(١) - Y. POCLAT . op. cit . P. 285 .
(٢) - Req 30 . oct 1934 . D. H . 1934 - 572 .
(٣) - Cass . civil 18 janv . 1983 . Bull. civil . T.1 No 29 . P. 26 .
(٤) -Cass . civil 19 dec 1973 . Bull . civil . 1 No 360 . P. 318 .

تم إبرامه بين مكتب هندسى ، وإثنين من المهندسين ، وهذا العقد كان يتضمن مبدأ اشتراك المساعدين فى الانتفاع ، ولكنه لم يحدد لطرق الانتفاع ، وبعد مرور سنه على ابرام العقد طلب المساعدين من المكتب الهندسى دفع مبلغا من المال يعتبروه من وجهة نظرهم حقا لهم . ولكن محكمة الاستئناف قد استبعدت طلبهم بحجة أنه إذا كان مبدأ التراضى كان قد قبل من جهة الاطراف ، فان حقوق المستفدين لا يمكن أن تحدد فى غياب الاتفاق على طرق توزيع الارباح .

وقد تعرض حكم الاستئناف هذا للرقابة من قبل محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر بتاريخ ١٩ ديسمبر سنه ١٩٧٣ [١] إذ اعتبرت أن مبدأ الانتفاع ، وكيفية توزيع الارباح لا يعد بمثابة عناصر أساسية للعقد ، ومن ثم فان قضاه الموضوع يمكنهم تحديد هذه الاتعاب ، طالما لم يكن هناك اتفاق بشأنها فى العقد . وهنا يتضح دور القاضى فى تكملة الثغرات التى يحتويها العقد ، حتى ولو كان العقد قد نفذ جزئيا من قبل أحد أطراف العلاقة التعاقدية .

---

(١) -Cass . civil 19 dec 1973 . Bull . civil . 1 No 360 . P. 318 .

المطلب الثانى

دور القاضى فى تصحيح شروط العقد

يظهر الدور التصحيحى للقاضى بصدد العقد ، حينما يبرم الاطراف تصرفا ما يبدوا معيبا من الاساس ، أو تصرف يصبح تنفيذه مستحيلا بعد فتره من ابرامة .

وعلى الرغم من أن القضاء قد تخوف في بادئ الامر من القيام بمثل هذه المهمة ، كما يتضح ذلك من حكم محكمة النقض الفرنسية [١] الصادر بتاريخ ٦ مارس ١٨٧٦ ، والتى رفضت بمقتضاه إعمال نظرية الحوداث الطارئة ، فأنه قد تجرأ اليوم ، ووسع من دائرة نشاطة بصدد اعادة صياغة العقد ، إذا ما إختل التوازن العقدى نتيجة لاضطراب الظروف السياسية والاقتصادية السائدة ، وهذا ما سأوضحة من خلال دوره فى تصحيح المعايير الاتفاقية للعقد ، ودورة فى تصحيح العقد بسبب الظروف الطارئة ودوره فى تحويل الالتزامات ، .

أولا:- دورة فى تصحيح المعايير الاتفاقية للعقد : -

" L'indexations conventionnelles "

أن القضاء يلعب دورا كبيرا بصدد تعديل هذه المعايير ، ولا سيما إذا كان هناك تغيير فى الظروف الاقتصادية . فالمعايير القياسية تنظم فى فرنسا باللائحة الصادره فى ٣٠ ديسمبر سنه ١٩٥٨ ، والمعدلة باللائحة الصادرة فى ٤ فبراير سنه ١٩٥٩ [٢] ، والتى تقتضى إختيار المعامل

---

(١) - Cass civil 6 ars 1876 . D . P. 1876 . T.1 193 .

(٢) - L.ord. 30 dec 1958 modifiée par celle du 4 fevr. 1959 . code. civil français Dalloz 1992 - 1993 . P. 817 et s. .

القياسى ، الذى يتناسب مع موضوع العقد ، أو مع نشاط طرف من أطراف العلاقة التعاقدية ولكن ماذا تفعل المحاكم اذا ما كان المعامل الذى تم الاتفاق عليه من قبل الاطراف غير قابل للتطبيق ؟

- نلاحظ أن عدم قابلية المعيار للتطبيق ، قد نتج أما من عدم إمكانية تطبيقه ، و ذلك لاسباب عديده ، مثل إختفاء السلعة التى تم اتخاذها مقياسا من الاسواق ، وتوقف جداول أسعار السوق عن الاعلان عنها ، وإما من عدم وجود هذا المعامل على الاطلاق .

وفى مثل هذه الفرضية ، فان وجود العقد يصبح مهددا ولا سيما اذا كان المعامل من العناصر الاساسية فى العقد مثل السعر ، اذ أنه يصبح فى هذه الحالة غير قابل للتحديد ، وهذا مايؤدى الى هدم أحد أركان العقد .

وأمام هذه المشكلة قضت محكمة النقض الفرنسية [1] فى إحدى أحكامها باستبدال المعامل غير الموجود أو المختفى من السوق بمعامل يؤدى الى نتيجة قريبة وممكنه من المعامل الذى تم تحديده من قبل أطراف العلاقة التعاقدية .

وهنا توجد مشكله أساسية تتعلق بمدى قدرة القضاء على إستبدال معامل قياس غير شرعى بمعامل قياس شرعى ؟

إن الفقه قد إختلف بشأن هذه المشكلة بين مؤيد ومعارض لقدرة

---

(1) - Cass civil 1972 . D. 1973. 417 : Elle estime que " Le choix comme indice du salaire d'une categorie professionnelle determinée n'étant pas la reference au niveau général des salaires . n'est prohibé" .

القضاء على القيام بمثل هذا الدور فالبعض [١] من الفقهاء قد إعترف للمحاكم بمثل هذه السلطة ، باعتبار أن إستبدال معامل القياس غير الشرعى هو الوسيلة التى تتلائم مع مقتضيات النظام النقدى ، ومع أحترام القصد الحقيقى للاطراف المتعاقده ، وذلك لحمايته للقوى الشرائية الحقيقية للمبلغ المدفوع .

والبعض الاخر [٢] ذهب على عكس الرأى الاول ، مؤكدا عدم إعترافه للقاضى بامكانية تغير معامل قياس غير شرعى الا اذا كانت دينامية العقد تسمح بأمكانية الوصول الى المعامل الشرعى ، والذى يعبر عن قصد المتعاقدين .

ويرى رأى ثالث [٣] أن سلطة القضاء فى تغيير المعيار غير الشرعى لا تستند الى ارادة الاطراف ، وانما تستند الى القانون ، إذ يجب أن تتوافق العقود معه لكى تتمتع بالفعالية والنفاذ . اما موقف القضاء بصدد هذا التغيير فقد اتسم بالتطور، وهذا هو ما يتضح من حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة بتاريخ ١٦ يوليو سنة ١٩٧٤ ، والذي اكدت بمقتضاه علي أحقية قضاه الموضوع قي استبدال المعايير غير الشرعية ، بمعيار شرعي وهى بصدد الفصل في منازعة تنصب علي شرط تقييس ادرج في عقد بيع كان يقضي بالرجوع الي ثلاثة معايير اثنين غير مشرعيين والثالث شرعى فقضت بالرجوع الي المعيار الشرعي وهو السعر الاجمالي وقد اكدت محكمة

---

(١) - J - GHESTIN - note sous civil 24 juin 1971 G.C.P. 1972 T.2 1791 .

(٢) - PH. MALURIE . Note sous cass. civil 17 juill 1972 . D. 1973 - 238 .

(٣) - J. HOMORAT " les indexations contractuelles et judiciares " . Etudes offertes a J. flour . Reperatoire du Notariat Defrenois , 1979 No . 18 P. 271 .

النقض الفرنسية ذلك بحكمها الصادر في ٧ يناير سنة ١٩٧٥ [١]، والذي انتقدت بمقتضاه حكم محكمة باريس لعدم اتجاهه الي البحث عن معيار شرعي يحل محل معيار غير شرعي كان قد وضع في العقد من قبل الاطراف المتعاقدين وحكمها الصادر بتاريخ ٩ نوفمير سنه ١٩٨١ [٢] والتى قضت بمقتضاه بطلان شرط التقييس التى أدرج فى عقد التأمين ، واستبدلته بمعيار جديد يستوحب الرحوع الى المرتب الاساسى للضمان الاحتماعى ، إستنادا الى أن شركة التامين قد طبقت المعيار الذى أخذت به المحكمة فى حالات أخرى مماثلة .

- نخلص من ذلك الى أنه اذا كان تعيين المعيار غير الشرعى جاء نتيجة لخطا مشترك من المتعاقدين ، أو من اختيار متعتمد من قبل أحد الاطراف الذى قصد الاحتفاظ لنفسه بمخرج للتخلص من الالتزام - فان القضاء يتعين عليه فى هذه الحالة أن يحرى عملية الاستبدال هذه ، باعتباره هو الوسيلة الافضل لاحترام القصد الحقيقى للاطراف فى الحالة الاولى وباعتباره جزء للغش والخداع فى الحالة الثانية .

واذا كان الطرفين المتعاقدين سيىء ، النية ، فان القاضى لا يجرى عملية الاستبدال هذه ، ولكنه يقض ببطلان شرط التقييس ، أو ببطلان العقد برمتة اذا بدى ذلك أكثر توافقا مع مقتضيات النظام العام الاقتصادى .

---

(١) Cass . Com. 7 Janv. 1975 . Bull. civil . T.4. No 3 . P. 4 .

(٢) - Cass civil 9 Nov. 1981 , Bull. civil T.1 No . 332 . P.381

ثانيا :- دوره فى تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة :

أن القاضى يمكنه أن يعدل العقد بالزيادة أو النقصان ، أو يوقف تنفيذ الالتزام ، إذا ماطرأت ظروف إستثنائية غير متوقعه . ومن الامثلة الشهيره على دور القضاء[1] فى تعديل العقد بالنقصان، ماحدث عقب صدور قانون الاصلاح الزراعى فى سنه ١٩٥٢ اذ أدى الى إنخفاض ثمن الارض الزراعية بصورة كبيرة أصبح معها الاشخاص الذين كانون قد اشتروا أراضيهم قبل صدور القانون المذكور بأثمان مرتفعة مهددين نحساره فادحة ، فتقدموا الى القضاء [2]مطالبين بانقاص ماتبقى عليهم من ثمن تطبيقا لاحكام الظروف الطارئة ، فأستجاب القضاء المصرى لمطالبهم مؤكدا أن قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنه ٥٢ توافرت فية الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ ، فهد بحكم كونه قانونا ، وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - حادثا عاما واستثنائيا لم يكن فى الوسع توقعة ولا ممكن دفعة .... كما أنه لا يغير من طبيعة هذه المادة أن البيع موضوع التداعى - وقد اشترط فية تقسيط الثمن فلا تطبق عليه أحكامها اذ أن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على عقود البيع التى يكون الثمن كله أو بعضة مؤجلا أو مقسطا ، ذلك أن تطبيق القانون (المادة ٢/١٤٧) من القانون المدنى عليها ، لا يحول دون إعمال الجزاء المنصوص علية فيها ، وهو رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول على الوجة الذى

---

(١) نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٧٣ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ٧٩٩ ، نقض مدنى ١ مارس سنة ١٩٧٧ - مجموعة أحكام النقض المدنية س ٤٣ ق - رقم ٥٨ .

(٢) د ./ محمد عبد الجواد (شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئه) - مجلة القانون والإقتصاد - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - س ٣٣ - سنة ١٩٦٣ ص ٦٢٨ .

يتطلبه القانون ، لان القاضى لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة للقسط أو الأقساط التى يثبت له أن آداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارىء وغير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أما باقى الاقساط المستقبلية فان القاضى لا يعمل بشأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك إحتمالا لزوال أثر ذلك الحادث عندا استحقاقها ، ويكون شأن الأقساط فى ذلك شأن الاداءات فى عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة".

وكما أن القاض يمكنة أن يعدل العقد بالنقضان ، فانه يمكنه أن يعدل بالزيادة فى الالترام المقابل لالتزام المدين كما لو أدى الظرف الطارئ الى ارتفاع باهظ فى سعر السلعة المتفق على بيعها وتسليمها مثلا ، فيلجأ القاضى فى سبيل اعادة التوازن الى العقد نتيجة للظروف الجديدة الى زيادة السعر المتفق عليه فى العقد بالصوره التى تحد من فداحة الخساره التى كانت يمكن أن نصيب المدين لو إلتزم بتنفيذ الالتزام دون تعديل فى ظل الظروف الجديدة [1] . ويمكن للقاضى أن يوقف تنفيذ الالتزام موقتا اذا ما قدر أن الظرف الطارئ موقت وعلي وشك الزوال ، ومثال ذلك في عقد المقاولة ان يتعهد المقاول باقامة بعض المنشأت ، فتطرأ حادثه استثنائية تؤدى الى إرتفاع سعر مواد البناء ارتفاع فاحشاً فى حيث بجعل تنفيذ الالتزام فى ظلها رهقا للمقاول ، بحيث يهدوه بخسارة فادحة ، فاذا ماتدر القاضى أن هذه الظروف مؤتته ، وانها على وشك الزوال ، فانه يامر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر هذا الظرف .

---

(١) - Cass civil 21 janv. 1959. Bull civil T1 No. 38 P. 33 .

ثالثا :- تحـــويل الالتـــــزامات :

إن التناقص التى قد يحدث بين المتعاقدين ، ممكن أن يؤدى الى استحالة تنفيذ العقد التعاقبى . وامام صلابة المبادئ ، فان إبطال العقد لاتفاق المتبادل بين الاطراف ، أو فسخة قضائيا بناء على طلبة المتعاقد الذى لا يقوم بتنفيذ التزامه ممكن أن يساهم فى إيجاد حل لمثل هذا التناقص . فحينما تتوتر العلاقات بين أطراف العقد المسمى "La bail à nouriture" الى درجة يستحيل معها ايجادسند للحياة المشتركة بينهما ، فان القضاء [1] يحول التزام المستأجر بالعلاج والغذاء الى مرتب متوازن لمدى الحياه . فهذا التغير فى طريقة تنفيذ الالتزام بما يجعل العقد أكثر توافقا مع الظروف الجديدة ويبرز دور القضاء بصدد تحويل الالتزامات التعاقديه .

خلاصـــــــة :

مما سبق يتضح مدى أهمية الدور الذى يلعبة القضاء بصدد العقود ، اذ نجد اتساع دوره فيما تتعلق بمراجعة العقود والحفاظ على توازنها ، سواء من خلال التوسع فى منح هذه السلطة إزاء الحالات التى خول بمناسبتها التدخل بالتعديل مما يتح له إختيار الحل الامثل ، أو مد هذه السلطة الى حالات جديدة لم تكن خاصعة لسلطته كعملية تحويل الالتزامات ، وموقفه إزاء العربون والفوائد الربوية .

ودور القاضى هذا قد ازداد أهمية نتيجة لاتساع المعاملات وتشعبها وانتشارا الدعاية والاعلان ، وظهور المنتجات المعقدة والمتطورة فى العصر الحديث مما يؤدى الى ضعف ارادة الفرد وتزيفها أو قلة إداركها و جهلها بكثير من الامور التى قد تنصب عليها معاملاته .

الفصل الثانى

دور القاضى فى تفسير سلوك المتعاقدين

تمهيـــد :

إن تفسير سلوك الاطراف المتعاقده ، قد يساعد القاضى فى بعض الاحيان للوصول الى القصد الحقيقى للاطراف المتعاقده . فعلى غرار الكلام أو الكتابة يمكن أن يبرم التصرف بأيماءات تحمل معانى وأفكار قانونية . فالتصرفات القانونية التى تنتج آثارا قانونية كثيرة ومتعدده ، ولكن صنف الفقه القانونى [1] هذه التصرفات الى نوعين : -

النوع الاول : ويسمى بالتصرفات الايجابية التى يتم التعبير عنها بأسلوب خارجى مثل القراءة والكتابة .

النوع الثانى : ويسمى بالتصرفات السلبية أو السكوت ، والتى لا يدل عليها أى مظهر خارجى .

ووفقا لنظام الرضائية التى بسيطر على النظام الفرنسى والمصرى ، فان المحاكم لا يساورها الشك فى أن الارادة تتضح بسهولة من خلال أى تصرف إيجابى ، حيث يفترض القانون أشكالا معينة للتعبير عن الادارة ، وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض الفرنسية [2] فى حكمها الصادر بتاريخ ٣٠يناير سنه ١٩٤٤ وذلك بقولها : أن الاصم ممكنه أن يعبر عن ارادتة

---

(١) A . RIEG " Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonte en droit civil Francais " . trav. Assoc . H. Capitant , 1968 - journees Suisess . P. 40 .

(٢) - Req . 30 Janv . 1844 . s. 1844. T.1. 102 .

بايماءات ، وذلك لان الكلام والكتابه ليسوا الا إيماءات إصطلاحية ممكن استبدالها فى بعض الحالات بايماءات أخرى تعبر بطريقة واضحة عن ارادة الشخص الذى يلزمه القانون بالتعبير عن إرادته بهذه الطريقة .

وقد سار فى نفس الاتجاه حكمها الصادر فى ١٧ ديسمبر سنه ١٨٧٨ [١] وتلك الصادر فى ٦ مايو سنه ١٨٩١ [٢]، واللذان يؤكدان على امكانية التعبير عن الادارة بتصرفات إيجابية . يمكن للقاضى من خلالها أن يقف على المضمون الحقيقى لارادة الانسان .

وبالعكس فان مشكلة التعبير عن الارادة تسير بصدد التصرفات السلبية ، والتى لايتم التعبير عنا بأى مظهر خارجى اذ ان الفقة وأحكام المحاكم قد تأرجحا حول مدى اعتبار التصرفات السلبية وسيلة للتعبير عن الارادة ، فنجد أن الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٥ مايو سنه [٣] ١٨٧٠ قد قضى بالآتى " أن سكوت هذا الذى يمكن أن نزعم التزامه ربما لا يكفى للتعبير عن ارادته ، وذلك فى حالة الغياب لأى ظرف آخر يساعد على بيان هذه الارادة ،

واليوم هذا السؤال لم يعد محلا للنقاش ، على اعتبار أن السكوت فى حد ذاته لا يعنى شيأ على الاطلاق ، ولكنه يأخذ معناه اذا ما أرتبط بالظروف المحيطة به ، ومن تم فان التصرفات الايجابية والسلبية أصبحت اليوم وسائل كافية للتعبير عن الارادة ، كل ما فى الامر أن النوع الثانى من التصرفات يحتاج من القاضى الى عملية دراسة وبحث دقيق لمعرفة

---

(١) - Req . 17 Dec . 1878 . s. 1879. T.1 . 209 . Note . J. ortliab et nimes .

(٢) - Req . 6 Mai . 1891. Gaz. Pal. 1891 . 2 . 153 .

(٣) - Cass Civil 25 Mai . 1870 . s. T.1 . 341 .

معناه ومغزاه ، ولهذا فانه يلعب حيالها لدورين كبيرين نوضحهما من خلال المبحثين الاتيين : -

المبحث الاول : الدور التوضيحى للقاضى بصدد سلوك الأطراف .

المبحث الثانى : الدور الانشائى للقاضى بصدد سلوك الأطراف .

المبحث الاول :

الدور التوضيحى للقاضى حيال سلوك المتعاقدين

ان الدور التوضيحى للقاضى حيال سلوك المتعاقدين ، يتسع نطاقة للعديد من الموضوعات ، التى يتخذ التعبير عن الارادة فيها مظهرا سلبيا ، ولكن سنكتفى بتوضيح هذا الدور من خلال مجالين على قدر كبير من الأهمية ، هما الوصية ، وعقد العمل ، ولذلك سأعرض لهما فى مطلبين

المطلب الاولى : دور القاضى بصدد الوصية .

المطلب الثانى : دور القاضى بصدد عقد العمل .

المطلب الاول

دور القاضى حيال الوصيه

وفى هذا الصدد فان دور القاضى ينصب على تصرف الموصى ، والموصى له ، إذا أنه قد يفسر لتصرف الموصى باعتباره عدول او إبطال ضمنى للوصيه ، ويمكن أن يفسر باعتباره قبولا ضمنئا للوصية من جانب الموصى له .

اولا: تفسير القاضي لتصرف الموصى باعتباره عدول أو ابطال ضمني للوصية :

أن عدول الموصى عن وصيته يمكن أن يكون عدولا صريحا أو ضمنيا كما عبرت عن ذلك المادة ٥٤٤[1] من قانون الأحوال الشخصية المصرى اذ تنص على الآتي : « يجوز للموصى الرجوع في الوصية بقبول صريح أو فعل يزيل اسم الموصى به ويغيرمعظم صفاته ومنافعه أو يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه الا بها أو تصرف من التصرفات التي تزيله عن ملكه ، وكذا اذا خلط بغيره بحيث لا يمكن تميزه أو يمكن بعد .

أما القانون المدنى الفرنسي ، فقد أورد لكيفة عدول الموصى عن وصيته من خلال المادتين ١٠٣٢ [2] مدنى فرنسى ، ١٠٣٨ [3] مدني فرنسي ، أذ تتضمن الاولى لكيفية العدول الصريح عن الوصيه ، والثانية لكيفية العدول الضمني من الوصيه .

فالماده ١٠٣٢ مدني فرنسي ، تعتبر من قبيل العدول الصريح عن الوصيه إبرام المرصى لوصية جديده ، وإقرارها أمام موثق . والماده ١٠٣٨ مدنى فرنسي تعتبر من قبيل العدول الضمنى عن الوصيه انشاء الموصي لوصيه لاحقه ، أوقيامه بابرام تصرف ناقل لملكية الشيء الموصى به .

واذا كان العدول الصريح أو الضمني عن الوصيه لا يثير مشكله ، فان التساؤل الذى يفرض نفسه فى هذا المقام يتعلق بمدى قدرة المحاكم علي

---

(١) المادة ٥٤٤ أحوال شخصية - الأحكام الشريعية فى الأحوال الشخصيةعلى مذهب الأمام ابى حنيفة النعماني - دار الندة الأسلامية للطباعة والنشر - بدون تاريخ - ص ١١٢ .

(٢) ART . 1032 . code civil . D . 1992 - 1993 - P. 688

(٣) ART . 1038 . code civil . D . 1992 - 1993 - P. 690

إستنتاج العدول من سلوك الموصى ؟ وبمعنى آخر هل العدول عن الوصية عمل شكليا يتم وفقا للقانون أم أنه عملا موضوعيا يعتمد بصفه أساسية على إرادة الموصى ؟

يرى R.Savatier (١) أن الوصية يغلب عليها الطابع الشكلى سواءا عند تحريرها أو الغاءها ، ومن ثم يخضع العدول عنها للقواعد الشكليه .

ويرى H.capitant (٢) أن أى تصرف من قبل الموصى يظهر لقصد الرجوع عن الوصيه يجب أن يرتب أثراً مبطلا ، وذلك لان إرادة العدول هنا تعتبر بمثابة القانون التي يجب أن تخضع له الوصيه " ومعنى ذلك أنه غلب إرادة الموصى عليه القواعد الشكليه للوصيه .

وهذا الرأى الأخير هو الذى يتفق وقضاء محكمة النقض الفرنسيه ، حيث أنها قد أخذت بارادة الموصى فى العدول عن الوصيه بحكمها الصادر بتاريخ ٢٣ ابريل سنة ١٩١٢ .

ويرى F.Terre (٣) أن العدول عن الوصيه يمكن يستنتج من تفويض الوصيه ، إذا كان هدمها قد تم بعمل اداري من جانب الموصى ، وأن قضاة الموضوع هم الذين يكلفون بالبحث عن قصد الموصى . وقد أكدت محكمة النقض الفرنسيه ذلك من خلال حكمها الصادر بتاريخ ٢١ يوليو سنة

---

(١) R . SAVATIER . note sous . civil 5 mai 1965 . J. C . P . P 1965

(٢) H . CAPITANT note sous Req . 23 avr . 1912 . D . P 1913 . T . I . 41 . P 42 .

(٣) F . TERRE et . Y . LEGUETTE " Droit civil " les successions . D . 1983 N° 403 . P 365 .

١٩٥٤ [١] والتى قضت فيه بأن تمزيق الورقه التى تحمل الوصيه من قبل الموصي يعتبر قرينة على العدول من جانبه .

وعلي الرغم من ذلك فأن محكمة النقض الفرنسيه قد عدلت عن هذا الاقتراض من خلال حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ مايو سنة ١٩٥٩ [٢]والتى قضت فيه بالاتى " أن العدول عن الوصيه لا يمكن أن يستنتج إلا من تصرف واضح ، أو من حالة واقعيه ينشأها الموصى ، ويقصد منها عدم تنفيذ الوصايا السابقه " وأكدت موقفها هذا من خلال حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٩ [٣] والذى قررت بمقتضاه أن تمزيق الوصيه لا تقتضى بالضروره العدول عن الوصيه ، ويتعلق بقضاة الموضوع البحث عما إذا كان الموصى قد أراد بتمزيق الوصيه إهدار كل التصرفات الايصائيه السابقه ، وذلك بدراسة الظروف بتمزيق الوصيه " وحكمها الصادر بتاريخ ١٢ يناير سنة ١٩٦٥ [٤] والتى قضت فيه " بأن تمزيق الوصيه لا يدل علي العدول عن الوصيه ، ويجب على قضاة الموضوع البحث عن إرادة الموصي باعتبارها مرشدا ودليل " ولكن هل يمكن للمحاكم أن تستنتج من تصرف الموصى لقصد العدول عن الوصيه حتى لو كانت سليمه ؟

يمكن للمحاكم أن تستنتج لقصد العدول عن الوصيه من تفسير سلوك الموصى حتى ولو كانت الوصية سليمه ، ومن أحكامها في هذا الصدد

(١) cass. civil .12 juill1954 . Bull. civil .T . 1. N° 259 . P . 211
(٢) cass. civil 25 mai . 1959 Bull. civil T . 1 . N° 259 . P . 211 .
(٣) cass. civil 22 oct . 1959 Bull. civil T . 1 . N° 432 . P . 358
(٤) cass. civil 12 janv . 1965 D . 1965 . 305

ماقضت به محكمة Rouen [1] من إعتبار الهبه التاليه من قبل الموصى بكل المال لنفس المستفيد بمثابة عدول مباشر عن الوصية بكل المال . وماقضت بها محكمة النقض الفرنسية [2] فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ ابريل سنه ١٩١٢ ، حيث اعتبرت أن اعتراف المشرف على الموت ، والذي يظهر من كلامه أوتصرفاته ، يعتبر بمثابة عدول عن وصاياه السابقة بهذا الحكم ، قد صدر بمناسبة وصية تتضمن دفن الموصى دفنا مدنيا ، ولكن قبل وفاه الموصى قام بزيارته أحد الكهنه واخبره بحرمه هذا النوع من الدفن ، فاعترف أمامه بعدوله عن ارادته السابقة ، فحكمت المحكمة بناءا على هذا الكلام واعتبرته عدولا عن الوصايا السابقة .

يتضح مماسبق أن القاضى يلعب دورا كبير بصدد تفسير سلوك الموصى ، وبصفة خاصة اذا كان يتضمن عدولا عن الوصايا السابقة .

ثانيا : تفسير القاضى لتصرف الموصى له باعتباره قبولا ضمنيا للوصيه

أن الموافقة تعد ضمنيه ، حينما يبرم الوارث لتصرفا يستلزم بالضروره قصده ، أو حينمايبرم تصرفاً لا يكون له الحق فى ابرامه الا بصفته وارث .

وفى الحقيقه فان القبول الضمني للإرث ، كما تقول محكمة النقض الفرنسيه [3] يتطلب توافر شرطين :

---

(١) ROUEN . 3 déc . 1846 . D . P . 1847 . 2 . 163 .

(٢) Req . 23 . avr 1912 . D . P . 1913 . T . 1 . P 41 . note . H CAPITANT

(٣) cass . civil . 12 . mars . 1960 . J . C . P . 1960 . T . 2 . 11827

أولهما : أن يكون الوارث آهلا للقبول ، **وثانيهما** أن يترجم تصرفه لهذه الارادة . وأن ادراك هذين الشرطين يختلف باختلاف تصرف الوارث ، وما اذا كان يتضمن قصد قبول التركه من عدمه . فهناك ثلاثة انواع من التصرفات :

النوع الاول منها : هو تلك التصرفات التى تسمح فى الواقع ، بافتراض ارادة القبول ، مثل تلك التى تترجم للسلطة الماديه للوارث على المال الموروث . واذا كانت هذه التصرفات تسمح بالإفتراض الضمنى للقبول ، فان البعض منها ، كما تقول محكمة النقض الفرنسية [١] قد لا تعبر عن ذلك ، وبصفه خاصه ، تلك التى لا يملك بمقتضاها الوارث حرية التصرف على المال الموروث .

والنوع الثاني منها : هو التصرفات التحفظية " Les actes Conservatoires " وهذا النوع نظراً لانه يوصف بالاستعجال ، فانه لا يقتضى قبولا ضمنيا ، وذلك لانه لايعبر عن ارادة الوارث فى قبول التركه ، ولكن يعبر عن ارادته فى الاحتفاظ بالاموال الموروثة [٢] .

والنوع الثالث من هذه التصرفات : لا يقبل شرعا الا بالنظر الى قصد الوارث ومعرفة ما اذا كان التصرف يعبر عن ارادة القبول من عدمه ، وهذا مايقتضى تفسير له من قبل قضاة الموضوع لتحديد اسباب هذا التصرف .

(١) Req . 19 janv . 1826 . S . 1826 . 1 . 262

(٢) V . M . PLANIOL et . G . RIPERT " Traite Pratique de droit civil francais " 2 eme . ed . T . 6 . Successions . (L . G . D . J .) 1966 . N° 288 . P . 438

ومن قبيل هذه التصرفات على سبيل المثال تحمل الوراث لنفقات الجنازة فهل دفعها من قبله يعتبر بمثابه قبولا ضمنيا للتركة ؟

إن محكمة النقض الفرنسية قضت فى حكمها الصادر بتاريخ ١٢ اكتوبر سنه ١٩٦٩ [1] بأن قيام الوراث ببعض التصرفات الادارية على المال الموروث مثل دفع نفقات الجنازة ، لا يعتبر بالضروه قبولا ضمنيا للتركة .

مما سبق يتضح لنا أن القضاء يساهم بدورا كبيرا فى تفسير سلوك الاطراف المتعاقده ، والوصول من خلالها الى القصد الحقيقى لهما حتى ولو أتى على عكس ما هو مدون فى العقد .

---

(١) Cass . civil . 12 oct . 1969 J . C . P 1970 T . 2 . 16235 . obs M. D A G O T

المطلب الثانى

دور القاضى حيال عقد العمل

اذا ما قام رب العمل بتعديل شرط من شروط عقد العمل بارادتة المنفرده ، فان رد فعل العامل على ذلك أما ان يكون بالرفض وأما أن يكون بالقبول، وأما بالاستمرار في العمل بعد إخطاره بالتعديل . وفى حالة الرفض أو القبول ، لا يحتاج الامر لجهد من قبل القاضى ، ولكن فى حالة استمرار العامل فى مواصلة العمل ، فان الامر يحتاج الى نوع من الدراسة من جانب القاضى للوصول الى ارادة العامل .

والأمر كذلك فيما يتعلق بالتجديد الضمنى لعقد العمل سواء محدد المدة أو غير محدد إذ نرى أن المشرع المصرى قد نص فى المادة ٦٧٩ من القانون المدنى على تجديد العقد المحدد المدة ، إذا إستمر طرفاه فى تنفيذه بعد إنقضاء مدته .كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، الذى يعتبر إستمرار الطرفين فى تنفيذ العقد بعد انتهاء مدته يُحَول العقد ضمنيا إلى عقد غير محدد المده . وكذلك إذا التزم الطرفين الصمت فى عقد عمل يكون موضوع تجديد ضمنى ، فان القضاء الفرنسى يتبنى كمبدأ تحوله إلي عقد غير محدد المده لا يمكن إنهاؤه بدون مراعاه مهلة الاخطار (٢) .

وتبدو أهميه دور القضاء ، فى الحالة التى ينصب فيها التعديل من قبل رب العمل ، على شرط أجرى فى عقد العمل ، وذلك باستخدام شروطا أخرى لا تتعلق بالاجر ، وأيضا حينما ينصب التعديل على الاجر الاساسى

(١) د./ فتحى المرصفاوى - النظرية العامة فى عقد العمل - طبعة سنة ١٩٨٢ - مطبعة لجنة التأليف بمصر - ص ١٦٧ ، الوجيز فى قانون العمل سنة ١٩٦٠ - المطبعة العربية ص ١٩٣ .

(٢) - CAMERLYNCK (Guillaume) " Le congediement pour appartenance ou activité syndicale " Thése Paris . Serey 1966 . P. 458 .

فى عقد العمل ، وحينما يتعلق بفصل العامل لسبب إقتصادى ، ولذلك سوف أعرض هذه النقاط الثلاثة من خلال الآتى :

أولا : تفسير سلوك العامل ، بعد تغيير شروط العقد .

فى مثل هذه الفرضية ، فان المحاكم أخذت بمبدأ الرضائيه الذى يسود كافة العقود ، وأعتبرته نتيجة طبيعة للماده ١٢٧٣ [١] من التقنين المدنى الفرنسى ، والتى « تقتضى بعدم افتراض التجديد ، ولكن يجب أن تنتج إرادة التجديد بوضوح من سلوك العامل »

وبعد فترة من الزمن تراجعت المحاكم الفرنسيه عن الاخذ بهذا المبدأ ، ورأت أن الماده السابقة ينحصر دورها فى وضع قاعدة الاثبات . وأكدت فى العديد من أحكامها أن تنفيذ العامل للعقد بدون إعتراض على هذه الشروط الجديدة ، يعد بمثابه قبول ضمنى للشروط الجديده لعقد العمل .[٢]

ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذا الحل على أطلاقه ، أذ رأى أن العامل يمكن أن يستمر فى تنفيذ عمله ، مع عدم قبوله للتعديل . ومن أمثله ذلك حكم محكمة النقض الفرنسيه الصادر بتاريخ ١٣يونيه ١٩٧٣ [٣] والتى قررت بمقتضاه « إن إستمرار العامل فى تنفيذ العقد مع

---

(١) - ART. 1273 . Code civil - Dalloz 1992 - 1993 - P. 835

هذه المادة تعنى : أن عبء الاثبات يقع على عاتق الطرف الذى يبادر بالتعديل .

(٢) Par ex : soc . 4 nov . 1969 Bull . civil T . 4 N° 572 P 478

(٣) Soc 13 Juin 1973 cahiers Prud . 1973 N° 9 . P . 165

عدم الترقف عن المعارضه والاحتجاج على التعديل ، لا يعتبر قبولا ضمنيا من جانبه للشروط الجديدة للعقد ».

أما أذا بدى موقف العامل متذبذباً ومتغيراً ، ومن ثم لم يعترض إلا متاخرا ، فان محكمة النقض الفرنسيه [١] قد اعتبرت موقفه هذا بمثابه قبولا للشروط الجديدة للعقد [٢] .

وهنا نلاحظ لاهمية دور القضاء الذى يحاول بقدر الامكان ، دراسة ظروف العلاقة التعاقدية ، وموقف الاطراف حتي يتمكن من الوقوف على الارادة الحقيقة لهما .

ثانيا : دور القاضى بصدد تعديل أجر العامل ، بالارادة المنفردة لصاحب العمل .

إن قيمة الاجر تمثل بدون شك عنصرا أساسيا من عناصر عقد العمل ، ولذلك نصت المادة ١/٢٨ من القانون الفرنسى الصادر بتاريخ ٩ نوفمبر ١٩٨٢ [٣]على « أن الموافقة بدون إعتراض ، وبدون إحتفاظ بقسيمة الدفع من جانب العامل لا تصلح للتنازل عن دفع كل المرتب أو جزءاً منه ، بجانب الاجور الاضافيه التى يستحقها العامل طبقا للقانون أو طبقا لاتفاقيه جماعيه للعمل ، أو طبقا لعقد العمل الخاص به ».

وبالتتبع لموقف القضاء إزاء هذا الموضوع ، نلاحظ أنه قد قضى بأن

---

(١) - Paris : sec 4 Nov . 1969 , Bull civil T. 4 No 572 . P. 478 ; Soc 1 er mars 1961 . Bull civil . T 4 . No . 27 . P. 214 .

(٢) - Soc . 13 Juin 1973 , Cahairs prud , 1973 No P. 165 .

(٣)- - LNo 88 - 957 du 9. nov 1982 . ert 28-1 . code civil - Dalloz 1902 - 1993 .

سكوت العامل لا يعتبر قبولا ضمنيا لتخفيض المرتب ، وهذا ما يوضحه حكم محكمة النقض الفرنسيه الصادر بتاريخ ٧ ديسمبر ١٩٦٦ (١)، حيث «قضت برفض طلب رد الفرق بين الاجر المنصوص عليه في العقد ، والاجر الجديد ، بقبوله الضمني لهذا التعديل ، وعدم اتخاذه موقفا سلبيا إذاء هذا التعديل » . وحكمها الصادر بتاريخ ١٣ مارس ١٩٦٧ (٢) والتى قضت بمقتضاه « بأن تحرير العامل لفواتير الدفع الخاصة بمرتبه يعتبر موافقه ضمنيه على قبوله للمرتب الجديد » . وحكمها الصادر بتاريخ ١٢ نوفمبر ١٩٦٩(٣) والتى قررت بمقتضاه « بأن تمسك العامل بوظيفته على الرغم من تغيرها ، وقيامه بتقديم استقالته مع تمسكه في نفس الوقت بالعمل ، يعتبر موافقه ضمنيه على قبوله لتخفيض الاجر » .

وهنا أيضا نلاحظ مدى تجلى السلطة التقديرية للقاضى فى استنتاج الموافقه الضمنيه للعامل على تخفيض الاجر وذلك بالدراسه لظروف النزاع .

ثالثا :- درو القاضى بصدد فصل العامل لسبب اقتصادى :

أن فصل العامل لاسباب اقتصاديه قد يثور فى كثير من الحالات ، فقد يقع علي إثرى تعرض المنشأه لظروف تقتضى بالضروره إعادة تنظيمها أو التقليص من نشاطها وتخفيض عدد العاملين بها ، وأحيانا تصفيتهاولما كان مفهوم السبب الاقتصادى يعد على قدر ما من الصعوبه ، من ناحيه تحديد ماهيته ، فان القضاء يلعب دورا كبيرا حيال هذا السبب ، وهذا ما

---

(١) - Soc 7 dec 1966 , Bull civil - T. 4 , No 922 . P. 771 .
(٢) - Soc 13 mars . 1967 - Bull Civil . T. 4 . No 241 P. 198 .
(٣) - Soc . 12 Nov . 1969 . Bull Civil T. 5 No . 607 . P. 509 .

يتضح من خلال العديد من احكامه . ففى حكم لمحكمة شئون عمال القاهرة صدر فى ١٥/٣/ ١٩٥٤ [1] قضت المحكمة باعتبار الفصل بسبب الحالة الماليه فصلا تعسفيا إذا تم بحجة توفير العمال ، واستبان أن الشركة بعد ذلك عينت عمالا آخرين » . وفى حكم لها صدر بتاريخ ١٨/٤/١٩٥٤ [2] قضت بأنه على الرغم من أن صاحب العمل حر فى تنظيم عمله حسب مقتضيات الحاله الاقتصاديه التى تؤثر على كيانه ، فانه يتعين عليه أن يراعى حالة عماله ، وأن يتريث فى فصلهم طالما أنه مستمر فى عمله ، ولم تصبه خسارة مالية تهدد مشروعة بالانهيار » . وفى حكم لمحكمة استئناف القاهرة صادر بتاريخ ٣١/٣/١٩٥٥ [3] قضت « بأن شريعة الانصاف تقتضى فصل من هم أحدث عهدا بالعمل وفى حاله عدم مراعاة المؤسسة لهذه القاعدة فانها تكون قد أسادت استعمال الحق ، وترتب تبعا لذلك مسؤليتها عن التعويض » . كما قضت محكمة النقض الفرنسيه [4] برفض الطعن فى الحكم القاضى بمنح التعويض للعامل المكلف بالانارة بالغاز نتيجة الغاء منصبه هذا واستخلافه بالانارة الكهربائية

---

(١) محكمة شئون عمال القاهرة فى ١٥/٣/١٩٥٤ - القضية رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، حكم محكمة شئون عمال القاهرة - فى القضية رقم ٢٤٢٠ لسنة ١٩٥٤ عمال جزئى .

(٢) محكمة شئون عمال القاهرة فى ١٨ / ٤ / ١٩٥٤ فى القضية رقم ٨٨٨ لسنة ١٩٥٤ .

(٣) استئناف القاهرة - طعن رقم ١١٥٤ س ٧١ ق - جلسة ١٣ - ٣ - ١٩٥٥ .

(٤) - Cass civil . 22 janv . 1935 . d . H. 1935 . 179 . Gaz . Pal . 1935-1-402 .

مستنده فى ذلك الى ان مصلحة الانارة لم يتم الغاءها ، بل عهد بها الى عامل آخر أقل خبرة وأقدميه من العامل المفصول » . كما أعتبرت محكمة مرسليا الابتدائية أن فصل مساعده الطبيب من عيادة الاسنان بحجة ادخال تحسينات فنيه يعتبر فصلا تعسفيا ، نظرا لان الحجة الحقيقة للفصل هى مطالبتها بساعات اضافيه .

كما أن محكمة النقض الفرنسيه فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٩٠ قد أنكرت الصفة الاقتصادية على عامل السن باعتباره سبباً لفصل العامل ، وعلى ارتفاع ثمن الخدمة الذى يقدمها المشروع .

- مما سبق يتضح مدى الدور الذى يلعبه القضاء بصدد تقدير السبب الاقتصادى الذى يبرر فصل العامل ، وتوضيح نطاق سلطة العمل فى هذا الفصل ، إذ تجد أن القضاء المصرى قد ساير القضاء الفرنسى القديم الذى أطلق سلطة رب العمل فى تنظيم منشأته دون أن يخضع لاية ركابه ، ولم يساير الاتجاه الحديث فى القضاء الفرنسى الذى يخضع سلطة رب العمل فى الفصل لاسباب أقتصاديه الى رقابة اداريه سابقه ورقابه اداريه لاحقه تتمثل فى التاكد من جدية وحقيقة الفصل لأسباب اقتصادية .

---

(١) - Trab d'instance de Marseille 16-5-1974 , 2e sect .

(٢) - Soc 25 avril 1990 . Bull civil T. 5 No 190 P. 116 .

المبحث الثانى

الدور الانشائى للقاضى فى تفسير سلوك المتعاقدين

إن الفصل الدقيق بين الدور التوضيحى والانشائى للقاضى بصدد تفسير سلوك المتعاقدين ليس سهلا ، لان كلا النرعين ينصب على إدراك مغزى السلوك وما يعنيه ، وذلك فى نطاق إرادة المتعاقدين فإذا كان الدور التوضيحى له ينصب علي تبيان ما يقصده الاطراف من سلوكهم فان التفسير الانشائى ينصب على تشييد إرادة الاطراف من أساسها ، إما باقتراض هذه الارادة واما باستخدام الحيل الارادية لانشائها ، وهذا ما نوضح له من خلال مطلبين :

المطلب الاول : القاضى والارادة المفترضه للمتعاقدين

المطلب الثانى : إستخدام القاضى للحيل الاراديه

المطلب الاول

القاضى والارادة المفترضة للمتعاقدين

إن إدراك مغزى سلوك المتعاقدين عن طريق الافتراض ، يتطلب من القاضى ملاحظة التصرفات المماثله والوقوف علي مغزاها ، ومحاولة إجراء مقارنه بين سلوك المتعاقدين . والمثل الواضح على ذلك علاقات التجار ، إذ يجب مراعاة العادات التى تتولد فى المجتمع ، والاعراف السائده بينهم ، لانها تساعد علي الوصول الى إرادة المتعاقدين ، ولذلك سأوضح لهم من خلال نقطتين :-

أولا مراعاة العادات التجارية .

ويقصد بذلك تلك العادات الجارية فى المعاملات

"Les usages Admis En Affaires" [1]

والتى تحقق مصالح الافرادويسيرون عليها ويأخذون بها خاصة فى المسائل التجاريه . فهذه العادات تساعد القاضى على الوصول الي إرادة المتعاقدين وقد إعتمدت محكمة النقض المصريه على هذه العادات ، فى حكمها الصادر بتاريخ [2] ١٢/٣/ ١٩٦٩ [3]والتي قضت فيه بالاتي :

" لا يكون للعمال الحق فى المطالبه بأجور إضافيه عن الفروق بين عدد

(١) د./ نعمان جمعه - دروس فى المدخل للعلوم القانونية - المرجع السابق ص ١٩٢ ومابعدها .

(٢) نقض مدنى جلسة ١٢ - ٣ - ١٩٦٩ - مجموعة المكتب الفنى - س ٢٠ ق - طعن رقم ٦٨ ص ٤١٨ .

(٣) - Aix , 13 aoit 1873 . D.P. 1877 . 5, 456

الساعات التي كان يجرى عليها نظام العمل فى المنشأه وتلك التى حددها القانون ، الا اذا كان قد نص على ذلك في عقد العمل أو كان العرف في المنشأه قد استقر على منحهم هذه الاجور الاضافيه ، بحيث أصبحوا يعتبرونها جزءا من الأجر لا تبرعاً .

وقد لجأت المحاكم الفرنسية أيضا الي هذا الاسلوب ، بقصد الوقوف على المعنى الحقيقى لارادة الطرفين ، ومن أحكامها في هذا الصدد ما حكمت به محكمة Aix في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ أغسطس سنة ١٨٧٢ [١] ، من وجود عقد بيع تام بين مرسل البضاعه ومستقبلها ، وذلك استنادا لوجود علاقات تجاريه بينهما تبرر مثل هذا العقد " ، وحكم محكمة Bordeau الصادربتاريخ ٣٠ أغسطس سنة ١٨٦٦ [٢] والتى قضت فيه " بأنه أذا استقبل تاجر خطابا يتضمن إرسال شحنه إليه من تاجر أخر ، يدخل معه في علاقات تجارية ، وانعدم الرد على الرساله من ناحيته لمدة طويله ، فان هذا يعتبر قبولا من جهتة بصحة عقد البيع وإتمامه " .

- وهنا نلاحظ أن القضاء الفرنسي من خلال هذين الحكمين قد أرس عادة تجاريه ، يسير عليها التجار ، ألا وهى إعتبار السكوت قبولا ضمنيا لاتمام الصفقه بينهما . ولكن وفقا لاي تطور عقلانى يصل القضاه إلى الاعلان عن أن السكوت يجعل العقد تاما ؟

إن محكمة Montpellier قد أجابت على هذا التساؤل بحكمها

---

(١) - Aix , 13 aout 1873 . D.P. 1877 . 5 . 4 56

(٢) - Com. Bordeaux , 30 aout . 1866 . D. P. 1967 , 2,166 .

الصادر بتاريخ ١٢ يوليو سنة ١٨٨٥ (١) ، وذلك بقولها " إن غياب الاجابة على خطاب مكتوب بمناسبة علاقات تجاريه يجب أن يقدر باعتباره قبولا " . وقد وضعت المحكمه هذا المبدأ بناءا علي إفتراض يضفى على عدم الاجابه معني القبول . وقد أسس أحد الفقهاء (٢) هذا الحكم بالقوى الالزاميه التي تضفى على العادات التجاريه ، إذ أنه يري تولدها لعادات تجاريه لا يمكن القضاء علي خلافها إلا بالاعلان عن ذلك .

وتطبيق هذا المبدأ يتجسد من خلال هذين المثالين اللذان يتعلقان بشرط إسنادى للاختصاص بين التجار ، إذ أنهم عاده ما يضعون هذا الشرط فى كتاباتهم المتبادله لحظة صياغة العقد. وفي المثال الاول إعتبرت المحاكم (٣) " أن إستلام التاجر للبضاعه بدون إعتراض وبدون إستلام فاتورة تتضمن مثل هذا الشرط ، يعتبر من قبل المرسل اليه موافقة ضمنيه على قبول هذا الشرط »

ولكن هذا الحل كما يرى y.Poclat (٤) متشددا ، لانه لم يكن هذا

---

(١) - Montpllier . 2 Juill 1885 . s . - 1886 , 2 . 56 " Elle dit qu'en matiere de commerce .
L'absence de reponse a une lettre écrite à l'accasion de relations d'affaires . doit etre reputée valoire comme consantements "

(٢) - A . RIEG " Rapport sur les modes non formels d'expressions de la volonté en droit civil " Trav . Assoc . H. Capitant 1968 . P. 40 et s. s

(٣) - Req ; 30 Juill 1888 . s. 1890 . 1 . 102 , colmar 28 nov . 1936 Gaz.Pal 1937 . 1 . 267 .

(٤) - Y . POCLAT . op. cit P., 362 et s.

الشرط قد نوقش لحظة ابـرام العقد ، ولم يشار إليه في غضون صفقه سابقـه ، فأنه لا يمكن إعتبار السكوت في هذه الحاله من قبيل الموافقه الضمنيه علي الشرط ولهذا فان محكمة النقض الفرنسيه (المثال الثاني) في حكمها الصادر بتاريخ ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٠ (١) قضت " بعدم إعتبار السكوت بمثابة موافقه ضمنيه علي الشرط إلا إذا كان هذا الشرط قد اشير اليه في مراسلات سابقه أو ملازمه لاتمام العقد " وقضت (٢) باعتبار الشرط كأن لم يكن لعدم الاشاره اليه في فاتورة مرسله بعد تحرير العقد بصفه نهائيه »

ثانيا مراعاة الاعراف السائده بين التجار :

إن هذه الاعراف ما هي الا عادات يسير عليها وسط ما مثل الوسط التجاري ، تكتسب قوتها القانونيه علي مرور الزمن وتكرار الاستخدام . ولذلك فان هذه الاعراف تقوم بدور تكميلي للعلاقات التجاريه بين التجار . وما يؤكد لها هذا الدور التكميلي ما قضت به محكمة النقض الفرنسيه (٣) في حكمها الصادر بتاريخ ٩ يناير سنة ١٩٥٦ ، من أن التاجر الذي يتفق علي مكان إبرام العقد لا يمكن أن يجهل هذا المكان " وما قضت به محكمة Rennes (٤) في حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ يناير سنة ١٩٢٥ " من أنه

(١) - com. 7 Nov . 1950 Bull . Civil . T. 2 No 321 , P. 228 .

(٢) - Com . 17 Dec . 1957 . Bull Civil . T. 3 , No . 350 . P. 300 .

(٣) -Com 9 Janv . 1956 . 13 Ball Civil . T. 3 No . 170 P. 13 .

(٤) -Rennes 24 janv . 1925 , Gaz Pal , 1925 . 1 - 702 .
اذ قررت في هذا الحكم « أنه في نطاق تجارة الحبوب ، يجب أن تكون المدة التي يجب ابداء الإعتراض خلالها قصيرة ، وذلك لقابلية السلع للتلف اذا ظلت مدة طويلة في المخازن » .

إذا كانت الاعراف تختلف من مكان إلى أخر . ومن نشاط الي أخر ، فإنه يوجد مع ذلك عاده عامه تحكم المكان والنشاط ، تقضى بأن التاجر الذي يلتزم الصمت بعد إستقبال خطاب موجه له من تاجر آخر يدخل معه فى علاقات تجاريه ، يعتبر قابلا للصفقه ، وذلك إذا مضى عليه مده معينه ، تختلف باختلاف المكان والنشاط دون أن يبدى أى إعتراض " .

وقد يحدث أن يتم التفاوض حول عقد من العقود إما بأرسال خطابات تأكيد "Les lettres de confiremation" تثبت وتؤكد إبرام العقد بصفه نهائيه [1] ، وتحدد طريقة فهم وإدراك الالتزامات التي ينتجها من قبل الاطراف [2] وإما بأرسال خطابات من طبيعة إبلاغيه "Ullimatum" تستخدم لترسيخ المعان المتفق عليها ، وذلك قبل أن يكتمل العقد .

وهناك نوع من العقود لا تصاغ بالاتفاق المباشر بين المتعاقدين ، وانما تصاغ بطريقه تدريجيه من خلال تبادل وجهات النظر حول شروط العقد ، حتي يتم الوصول الي الاتفاق النهائى لقصد المتعاقدين [3] .

ووفقا للاعراف السائدة بين التجار ، فان المحاكم [4] قد أكدت في العديد من أحكامها على أن سكوت التاجر الذي يستقبل خطاب تأكيد يجب أن يفسر بأعتباره قبولا غير مشروط . ولكن ما هي مبررات هذا القضاء ؟

---

(1) -Req . 14 mai 1912 . D. P. 1913 . 1 . 282 - Note . J. Valer .

(2) -Req , 15 Mars.1944. s. 1945 . 1.40 .

(3) - F.TERRE " Sur La sociologje juridique du contrat " A . P . D . T. 13 . 1968 - sur la Nation du contrat . P. 71 - 83 .

(4) - Req 22 Mars . 1920 . S . 1920 . 1. 208 .

يقول P.Gode [1] فى تبرير هذا القضاء ، حينما يتخذ التاجر الساكت خطوه إيجابيه فى تعريف معانى العرض المتقدم اليه فى المرحله السابقه على التعاقد ، فأن تفسير سكوته بأعتباره قبولا يتوافق مع مقاصده .

ووفقا للاعراف أيضا إتجهت الدائره التجاريه لمحكمة النقض الفرنسيه [2] إلى إعتبار سكوت أحد أطراف علاقه تعاقديه ثم صياغتها سابقا ، قبولا لتعديل يتعلق بعنصر جوهري من عناصر هذا العقد ، وهى بصدد الفصل في عقد تم إبرامه بين شركة Ford وشركة Fenwick ، ، تقصد تزويدها بالعدد والآلات اللازمه . وفى الطلبيه أشارت شركة Ford صراحه الى شروط الدفع الخاصه بهيئة تنظيم السيارات ' L,comite " d,organisation de, L, outombile " وفى تاريخ لاحق أرسلت شركة Eenwick اليها خطابا يتضمن تعديلا جوهريا للشرط الخاص بطريقة دفع الثمن ، ولكن لم ترد الاولى (Ford) على هذا الخطاب ، وهو ما أعتبرته محكمة النقض الفرنسيه بمثابة موافقه على قبول هذا التعديل ، وذلك وفقا للاعراف التجارة السائده .

(١) - P.G.D.E. " Volonté et manifestations tacites " P. U. F. 1977. N°. 195.

(٢) - Com. 21 Mai 1951. Bull. Civil. T. 2. No. 168. P. 128.

المطلب الثانى

استخدام القاضى للحيل الاداريه

ويلجأ القاضي في هذا الصدد الي الحيل الاداريه ، بغية ترتيب أثرا قانونيا للتصرف ، إما بتوقيع عقوبة علي المتصرف وإما بقصد حمايته .

أولا :- إستخدام الحيله فى العقاب :

إن القاضى فى بعض الاحيان ، قد يضفى على تصرف ما معنى معين ، بغيه فقط العقاب على الاهمال والتقصير من مرتكبه وقد استخدمت المحاكم هذه الوسيلة فى عديد من الاحكام الذى تتصدى لموقف العامل الذى يتم تعديل عقد العمل الخاص به ،فالبعض منها [1] يعتبر ان مواصلة العامل لنشاطه دون اعتراض ، لا يعد عدولا عن تمسكه بالدفع الكامل للاجر المتفق عليه اصلا وذلك استنادا الى ان العامل قد يبدى اعتراضه في وقت لاحق .

والبعض الاخر [2] يفسر مواصلة العامل لعقد عمله بالشـروط الجديـده ، باعتباره قبولا بتخفيض الاجر . وذلك إستنادا الى أن العامل في موجهة هذا التعديل يكون أمام خيارين ، إما قبول تخفيض الاجر وإما ترك الوظيفه . ومن خلال هذه الاحكام يتضح أن شكوكا حول إرادة المتعاقدين ، لا تزول إلا باستخدام الحيله الاراديه من قبل المحاكم ، وذلك باعتبار أن العامل الذي يحظر بتخفيض أجره ويستمر في العمل لمدة طويله دون أن يبدى أى إعتراض يعتبر مقصرا ومهملا في مخاصمة رب العمل ،

---

(١) - Soc . 3 Mai 1979 Bull civil T. 5 . No. 380 . P. 277 ; Soc 6 Nov . 1985 . Bull civil T. 5 . No . 502 . P. 365 .

(٢) - Soc 10 Fevr 1965 , Bull civil . T. 4 N° . 119 P. 96.

مما يستوجب توقيع العقاب عليه ، والذى يتمثل فى إعتبار سكوته موافقه ضمنيه على قبول التعديل .

ثانيا : استخدام الحيله فى الحمايه :

إن القضاء يميل الى استخدام الحيل في الحمايه ، بصدد العقود التى يضاف اليها الالتزام بالسلامه ، إذ بصدد هذه العقود تلجأ المحاكم الي اعتبار أن العقد قد أبرم وفقا للحاله الموضوعيه للشخص المستفيد من الالتزام دون البحث عما إذا كان تصرف الاطراف يعبر عن قصد حقيقى للتعاقد من عدمه . وطريقة الصياغه هذه تتصدي أولا لعقود نقل الاشخاص ، والتى تتضمن الالتزام بالسلامه حتى ولو لم يشير إليه المتعاقدين فى العقد . فالمحاكم [1] قد أعتبرت أن العقد قد أبرم لحظة دخول الشخص فى السياره ، وجرحه علي إثرى ذلك ، ومن أحكامها في هذا الصدد ما قضت به الدائره الاولى المدنيه لمحكمة النقض الفرنسيه [2] فى حكمها الصادر بتاريخ ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٩ ، من وجود عقد أبرم بين السائق والزبون ، وذلك بتقديرها للعناصر الانشائيه لهذا العقد ، فالعرض يتضح من خلال وقوف السياره في محطة الانتظار ، تحمل عددا ، ويجلس بداخلها السائق ، والموافقه تتضح من خلال حركة أو إيماء يحدث من قبل الزبون ، على إثرها يفتح الباب ويأخد مكانه داخل السياره . فهنا استخدمت محكمة النقض الحيله لحماية الراكب ضد الاخطار التي يمكن أن تحدث له لحظة دخوله السياره ، واعتبرت أن هناك عقدا بين السائق والراكب يبرم لحظة فتح الباب من قبل الراكب .

(١) -Req . 1er mars 1944 . Gaz . Pal 1944 . 1.220 ; Nancy , 1er mars 1950 J.E.P. 1950 T. 2 5892 ols J.HEMARD .

(٢) -Cass civil 2 dec 1969 , bull civil 1 No . 381 P. 303 .

ومن أحكام النقض الفرنسيه فى هذا الصدد ، حكمها الصادر (١) بتاريخ ١ ديسمبر سنة ١٩٦٩ ، والذى تتعلق وقائعه بحدوث إنقلاب لدراجه بخاريه نتيجه لجنوح سياره عليها ، مما أدى الى اندلاع الحريق فيها بسبب إنفجار مستودع الوقود الخاص بها ، وتدخل Le Garagiste مجاور لصاحب الدراجه البخاريه لإطفاء الحريق ، وجرحه علي إثرى ذلك .

وأمام هذه الواقعه قضت المحكمه بوجود عقد أبرم بين صاحب الدراجه البخاريه ، وبين Le Garagiste ، يتضمن مساعدته له ، رالحفاظ على مصلحته المطلقه ، ومن ثم يلتزم بتعويضه عن الاضرار التى أصابته من جراء ذلك .

وهنا نلاحظ أن المحكمه قد أستخدمت لحيله مزدوجه : الاولى تتعلق بوجود موافقه من قبل صاحب الدراجه على قبول المساعده ، تستنتج من موقفه السلبى حيال منقذه ، حيث أنه لم يبدى إرادته بالرفض لهذه المساعده ، والثانيه : تتعلق بقبول الالتزام بالسلامه من قبل صاحب الدراجه ، والذى يستنتج من اتفاق المساعده .

- مما سبق يتضح الدور الكبير الذى يلعبه القضاء حيال المتعاقدين ، وذلك من خلال إضفائهم أثرا قانونيا علي سلوك المتعاقدين بعيدا عن أى وجود لنص قانونى يرتب لهذا الاثر . فالقاضى هنا يدخل في حلبة الصراع بين الاطراف ولا يقف محايدا ينتظر ما يعرضه عليه الاطراف من أدله ووقائع ، بل أنه فى بعض الاحيان يحاول أن يؤسس هذه الاراده ، كما أوضحنا بصدد العقد ، حينما يحدث تناقض بين ارادة الاطراف ، أو حينما لاتؤدي إرادتهم إلى تحقيق الهدف المبتغى من التعاقد .

---

(١) - Cass civil 1er Dec 1969 Bull civil 1. No 375 . P. 299 .

الفصل الثالث

دور القاضي فى مواجهة الظروف الاقتصاديه للعقد

مقدمـــــه :

بدأ يلعب القضاء دورا كبيرا بصدد المشاكل الاقتصاديه ، بعد سقوط مبدأ سلطان الاراده . فقد يقوم أحيانا بممارسة دور الخبير الاقتصادى بصدد العلاقات التعاقديه ، إذا كان هناك إتجاه إلي تطبيق القانون المشـترك (إرادة المتعاقدين) .

وقد يدلى له المشرع صراحة بمهمة تقدير العنصر الاقتصادى طبقا لقواعد قانونيه وضعت سلفا ، أو طبقا لسياسة معينه يرغب المشرع فى تحقيقها .

- وفى بعض الاحيان يمارس القاضى المدنى دورا أوسع من دور الخبير الاقتصادى ويخلق بنفسه القواعد التى لا يمكن أن يستمدها القانون الوضعى ، وهذا ما يتطلب منه دراسة الظروف الإقتصاديه ، وإقرارها بالنظر إلى المبادىء التي يمكن لها أن تدخل تحت لوائها ، وذلك بالبحث عن التعبير النقدي الملائم للإلتزام ، والتي لايتعارض في ذات الوقت مع المصالح العامه للدوله أو مصالح الأفراد .

فالقضاء يقوم بدورين كبيرين إذاء المشاكل الإقتصاديه ، نعرض لهما بالتفصيل في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : دور القضاء مع تواجد القواعد الشرعيه .

المبحث الثاني : دور القضاء في غياب القواعد الشرعيه .

المبحث الأول

دور القضاء مع تواجد القواعد الشرعية

حينما يتصدي القضاء للمشاكل الإقتصادية ، فأنه يتقيد بالقواعد القانونية القائمه وذلك لأنه يتصدي لها باعتباره رجل قانون ، يقع على عاتقه عبىء دراسة الظروف الاقتصاديه السائده فى المجتمع .

وعلى الرغم من أنه يجب عليه أن يتقيد بالنصوص القائمه ، فان المشرع يسند إليه بمهمة الخبير الاقتصادى ، إما بطريقة غير مباشره ، وذلك حينـــما يتلازم تطبيق القاعده القانونيه مع بعض التعبيرات الاقتصادية ، وإما بطريقة مباشره ، وذلك حينما يفوضه المشرع صراحه بتقدير الظروف الاقتصادية السائدة في المجتمع لخطة تطبيقيه للقاعدة القانونية .

فالقضاء يلعب حيال القواعد الشرعيه لدورين أساسين أحدهما مباشـــر ، والثانى غير مباشر ، وهذا ما نعرض له من خـــلال المطلبين الآتـيين :-

المطلب الاول : الدور المباشر للقـــــضاء .

المطلب الثانى : الدور غير المباشر للقضاء .

المطلب الاول

الدور المباشر للقضاء

إن القضاء في ظل مبدأ سلطان الاراده ، كان لا يعترف له بالحق في تقدير مشروعية العقد بمعزل عن النصوص القانونيه القائمه ، وبالتوافق مع الظروف الاقتصاديه السائده في البلاد ، والدليل على ذلك رفضه قديما للغبن بعيدا عن الفرضيات الشرعيه ، كما يوضح ذلك حكم محكمة النقض الفرنسيه الصادر في ٢٦ إبريل سنة ١٩٢٨ (١) ، ورفضه لتطبيق نظرية الظروف الطارئه في حكمه الصادر بتاريخ ٦ يونيه سنة ١٩٢١ (٢) ، حيث رأى أن الزياده في قيمة الحيوان - حصان - موضوع العلاقه الايجاريه يجب أن تقسم بين المستأجر والمالك ، مستبعدا بذلك تطبيق هذه النظريه ففي ظل هذا المبدأ ، كان لا يمكن للقضاء أن يقدر الحالات التي فيها العقد من النظام العام للعلاقات الاقتصاديه التي وضعها المشرع ، لا يمكن له أن يحل محله في تقدير القواعد العامة لإقتصاد البلاد ، وذلك لخضوعه لقواعد الاقتصاد الموجه ، والذي كان ينظر إليه في ظل هذه الفتره بأعتباره الوسيله التي تحقق العداله العقديه في أغلب الاحوال . وبهذا فإن القضاء لا يملك في ظل هذه النظريه إلا أن يبقى العقد المتنازع فيه كما هو أو يلغيه بدون أن يكون له الحق في تصحيحه أو توفيقه مع الظروف الاقتصاديه المتغيره .

---

(١) - Req . 26 Avril 1928 , D.H. 1928 . 286 (à propose d'un ap- port immolibier en sociéte

(٢) - Cass civil 6 Juin 1921 S. 1921 . T.1.93 " à propose d'affaire des baux chaptél " - DE LMAS - Saint . Hilairé ":l'adaptation du contrat aux circonstence economique " .: in Le tendence à la stabilité du Rapport contractuel (L.G.D.J) , 1960 P. 189 et s.

- وبعد انهيار مبدأ سلطان الاراده ، بدأ يظهر دورالقضاء بصدد الظروف الاقتصاديه المتغيره ، وأصبح يمارس دور الخبير الاقتصادى بصدد العلاقات الاقتصاديه بدون أن يعهد إليه المشرع بهذه المهه صراحه ، ويظهر جليا حينما يضــفى على أحكامه مغزى إقتصادى ، بجانب مغذاها القانوني .

فالقضاء اليوم ، يهتم بالتوازن الاقتصادى للعقد ، وهذا ما يبدوا واضحا حينما لا يتردد القاضى فى التدخل فى موضوع العقد ، وقيامه بالرقابه على إقتصادية هذا العقد ، والامثله على ذلك متعدده ، وخصوصا فيما يتعلق بقانون العلاقات الاقتصاديه مثل تدخله فى المشاكل المتعلقه بأبرام العقد وتفسيره وتنفيذه ، إذ أنه يتجه في حل مثل هذه المشاكل الى تقدير التوازن الاقتصادى للعقد .

فاذا كان القضاء بالحظر المنصوص عليه بالماده ١٢٩ مدنى فرنسى ، والمقابله للمادة ١١١٨ مدنى فرنسي لا يمكنه أن يوسع مجال الابطال للغبن ، بحيث يمتد الى حالات أخرى لا تشملها النصوص القانونيه ، فأنه يوجد مع ذلك فرضيات مختلفه يصعب توافقها مع هذا الافتراض الاساسى . ومن أمثلة ذلك حكم محكمة النقض الفرنسيه الصادر بتاريخ ١١ مارس سنة ١٩١٣ [١] والتى خفضت بمقتضاه من أجر الوكيل عن بيع مصنع ورق على اعتبار أنه يتصرف كوكيل عن المالك ، مستخدمه في ذلك سلطاتها فى الرقابه والتعديل . وحكم محكمة النقض المصريه الصادر فى ٨ فبراير سنة

---

(١)- Cass Req . 11 Mars 1913 . d . 1913 . T., 1 - 408 .

١٩٧٩ [(١)] ، والتى قضت بمقتضاه بحق القاضى فى تعديل أجر الوكيل بالزياده والنقصان وفقا لأهمية العمل الذى قام به الوكيل وما لقيه من صعوبات في تنفيذه ، والنتائج الذى توصل اليها الوكيل من عمله ، فإن ظهر وتبين للقاضى أن مقدار الاجر المتفق عليه يزيد كثيرا عن قيمة العمل الذى أنجزه خفض القاضى الاجر حتى يتكافأ مع العمل . وعلى العكس من ذلك أذا ظهر ان العمل الذى قام به الوكيل كشف عن أهميه غير متوقفه ، أو لقى فيه الوكيل صعوبات لم يكن يحسب لها حساب ، أو أدى الى نتائج تفوق كثيرا ما كان ينتظر ، جاز للقاضى أن يرفع من مقدار الاجر حتى يكون متناسب مع الجهد التى قام ببذله الوكيل أو النتائج التى وصل إليها .

من خلال هذين الحكمين نلاحظ أن القضاء الفرنسي والمصرى ، قد مد نطاق نظريه الغبن إلى فرضيات جديدة لم تتناولها النصوص السابقة بالتنظيم ، وهذا ما يعد من قبل القضاء تقديرا للظروف الاقتصادية المتغيرة .

- كما أن إتجاه القاضى إلى البحث عن التوازن العقدى هو الذى قاده إلى تبنى مفهوم للغلط فى الجوهر « L' erreur sur la substance » قريب جدا من مفهوم الغلط فى القيمه « L' erreur sur la valeur " وهذا ما يظهر من أحكام لقضاء التى تقضى ببطلان العقود ذات الغلط في الجوهر فى الحالات التى يبدو الغلط فيها متعلقا بالقيمة . مثل حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٩يناير ١٩٢٥ [(٢)]، والذى كان يتعلق

(١) نقض مدنى جلسة ٨-٢-١٩٧٩ - طعن ٢٥٧ س ٤٣ ق . مجموعة أحكام النقض - ص ١١٥ .

(٢) - cass Req . 19 Janv 1925 . s. 1925 . T. 1 - 101

بانشاء فرع كهرباء من خط أكثر قربا للمكان المراد توصيل الكهرباء اليه ، حيث إعتبرت أن المكان الذى ينشاء منه الفرع يعتبر عنصرا أساسيا من عناصر العقد المبرم بين المنتفع وشركه الكهرباء ، ومن ثم فأن الغلط الذى وقع فيه المنتفع يعتبر من قبيل الغلط فى الجوهر ، وبالتالى ينتدرج تحت مظلة المادة ١١٠٩ [١] من القانون الفرنسى ، والتى لاتقر بصحة العقد إذا كانت المواقعة على ابرام قد تمت بطريق الخطاء أو الاكراه أو الغش .

ومن هذه الاحكام أيضا حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ إبريل ١٩٥٣[٢] والتى قضت بمقتضاه ببطلان العقد نتيجة لتعمد البائع إخفاء حقيقة عمر الحيوان محل العلاقة التعاقديه وهو ما إعتبرته المحكمة غلطا فى الجوهر ، يترتب عليه بطلان العقد ، وهى بصدد تقديرها لمدى صلاحيه الحيوان محل العلاقة التعاقدية ، للقيام بالعمل الذى يرغبه المشترى من وراء اتمام العقد . وحكمها الصادر بتاريخ ٤ مايو ١٩٥٦ [٣]والتى قررت بمقتضاه بطلان علاقة إيجارية خاصة بمزرعة نتيجة لوقوع المستأجر فى غلط يتعلق بالقيمة الزراعية للارض المؤجرة بأعتباره غلط فى الجوهر يستوجب معه البطلان .

من هذه الاحكام نلاحظ أن القضاء يمارس رقابته على القيمه الاقتصاديه للأداءات القانونيه ، مطبقا لنظريه الغلط فى القيمه ، ولنظريه

---

(١) - Art 1109 C. civil français " Il n ' y a point de consentement valable si le conemtement n' a été donne que par erreur . ou s'i; a été extorque par violence on surpris par dol " .

(٢) Cass civil 27 avril 1953 D. 1953 . 440 .

(٣) - Cass soc . 4 nai 1957 . H.C.P. 1957 . T. 2 9762 ..

الغلط فى الجوهر حينما تستدعى الظروف الاقتصاديه تطبيقها .

ويميل القضاء إلى البحث عن العدالة العقدية من خلال الرقابة على القيمة الاقتصادية للآداءات القانونية . وهذا ما يتضح من خلال أحكامه التى تقضى ببطلان العقد ولغياب سبب التعاقد ، ومن أمثله ذلك حكم محكمة النقض الفرنسيه الصادر بتاريخ ١٨ إبريل ١٩٥٣[١] والتى قضت فيه ببطلان عقد أبرام مع Génealogist لعدم نقديمه لاية خدمه للوارث ، ومن ثم ينعدم الآداء القانونى المقابل ، مما ينعدم معه السبب ، ويضحى العقد باطلا وحكمها الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٢٥ [٢]والذى قضى ببطلان عقد بيع عمارة فى مقابل مرتب لمدى الحياه ، نتيجة لانخفاض قيمه المرتب عن ريع العماره ، مما يؤدى إلى عدم تعاون الاداءات القانونيه التى يتحملها كلا الطرفين ومن ثم ينعدم العقد .

فاذا كان القضاء الفرنسى قد رفض تطبيق مفهوم السبب المتوازن فى حكمه الصادر بتاريخ ٨ يوليو ١٩٥٤ [٣]وذلك برفضه للموازنه بين الالتزام بالمحافظة على الاماكن المؤجرة من قبل المؤجر ، والدخل البسيط الذى كان يحصل عليه من المستأجر الاصلى ، فانه قد عدل عن ذلك بحكمه الصادر بتاريخ ٥ يناير ١٩٥٦ [٤]إذ جاء به ما يلى « إنه فى حاله إنعدام تقدير الاجره بمبلغ يساوى القيمه الايجابيه للعين المؤجره، فأن العقد يفقد توازنه إذا ظل المؤجر ينقض من التزامه فى المحافظه على العين المؤجره ، وهو مايؤدى إلى القضاء على التراث العقارى للبلاد ، ورفعت بناءاً على ذلك القيمه

---

(١) - Cass Civil 18 Avr 1953 . D. 1935 . P. 403 .
(٢) - Cass Req . 10 Fevr 1925 . s . 1925 . T. 1 . 80 .
(٣) - Cass soc 8 . Juill 1956 . D . 1956 . 653 .
(٤) - Cass soc . 5 juin 1956 . D . 1956 . 358 .

الايجاريه ، ومنحت للمؤجرين آجالا مختلفه لتنفيذ ما عليهم من التزامات تتعلق بالحفاظ على الاماكن المؤجره . فالقضاء ويحترم للقانون أولا وقبل كل شيء ،.ولكنه مع ذلك لا يظل فاقد الحس لمتطلبات العداله ، إذ بدأ يبدى اهتمامه بالعداله العقديه مستخدما فى ذلك كل الوسائل التى يقدمها القانون المشترك من أجل حمايه التوازن الاقتصادى للعقد .

المطلب الثانى

الدور غير المباشر للقضاء

يتزايد دور القاضى فى العصر الحديث ، وذلك بالدعوى الصريحه له من قبل المشرع ، لممارسه المهمه الحقيقة للخبير الاقتصادى مباشرة ، وذلك في مجالات عديدة من المجالات القانونية . ويظهر هذا الدور المتزايد للقضاء ، أولا : فى البحث عن القيمه العاديه للاداء القانونى والذى فوض للقيام بها من قبل المشرع .

١- ففى التشريع الايجارى نجد أن القضاء كثيرا ما يتدخل في العلاقة لاهداف اقتصاديه . فهذا التشريع من ناحيه أولى كان يشير إلي بقاء الاجره فى حدها الادنى عند القيمه الايجاريه للسوق الحره ، ومن ناحيه أخرى كان ينص دائما على أمكانيه التعديل القضائى فى حاله انعدام الموافقه الوديه على التعديل ، طالما أن هناك تطورا إقتصاديا مستمرا . وبصدد الايجارات التجاريه بصفه خاصه ، كانت النصوص الفرنسيه المتعاقبه منذ ١٩٢٦ توضح دائما لنقطه مشتركه . فهى تخضع امكانيه تعديل الاجره لعوامل النظام الاقتصاديه التى تظهر على المستوى الوطنى حتى ١٩٥٦ أو على المستوى الايجارى منذ هذا التاريخ ، وبصفة خاصة

منذ ظهور القانون الصادر فى ١٢ مايو ١٩٦٥ ، فالمشرع قد كلف القضاء بالسهر على دراسه المتغيرات الاقتصاديه المتواصله والتى تؤثر على القيمه الايجارية ، كى يأخذها فى الاعتبار عند تقديره للقيمه الايجاريه المتغيره [١].

٢- تعديل المرتب لمدى الحياه ، يعد أيضا نموذجا كبيرا على السلطات التى أعترف بها للقضاء من قبل المشرع لتوفيق بين الآداء القانونى والظروف الاقتصادية المتغيره فوفقا للمادة الثانية مكرر من القانون الفرنسى الصادر بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٤٩ [٢] والمعدل بالقانون الفرنسى الصادر فى " ٢٣ فبراير ١٩٦٣ [٣] يمكن للدائن بالمرتب أن يحصل من المحكمة على زيادة أعلى من الزيادة الجزافية المنصوص عليها بالقانون أذا أقام الدليل على إن قيمة المال المتنازل عنه إرتفعت بالمقارنه مع قيمتة لحظة انشاء المرتب أو لحظة وفاه الموصى ، وإثبات أن معامل تقدير زيادة القيمه الناتج عن الظروف الاقتصاديه الجديدة أعلى من معامل التقدير الجزافي [٤] .

وهذا بعكس الحال فى واقعنا المصرى ، إذا أنه على الرغم من أن الماده ٥٤٥ مدنى وضعت لهذا المبدأ بقولها فى الفقرة الاولى « يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدى على الدوام إلي شخص آخر والي خلفاءه من بعده

---

(١) - R. SAVATIER " Les metamorphoses du louagede immeubles et les aspects economiques de droit au bail " 1964 . P. 193 .

(٢) - Loi No 49 - 420 du 25 mars 1949 - Co de civil - Dalloz - 1992 - 1993 . P . 1395 .

(٣) - Loi No 63 - 1 - 156 du 23 Fevr 1963 - code civil - Daoz 1992 - 1993 P. 1396 .

(٤) - Cass civil 15 Nov . 1989 . Bull civil T.1 No . 352

دخلا دوريا يكون مبلـغا مـن النقود أو مقداراً معينا من أشياء مثاليه أخرى ، و يكون هذا التعهد بعقد من عقود المعارضه أو التبرع أو بطريق الوصيه » . وتنص الفقرة الثانية على الاتى " فاذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعارضة إتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذي الفائدة " فإن الفقة المصرى يرى أن هذه العقود يغلب عليها طابع الاحتمال ، ومن ثم ليس لاى من المتعاقدين أن يتضرر من عدم التعادل الاحتماه بين مقدار ماسيعطى وما سيأخد ، فاذا كان الثمن فى عقد البيع هو ايراد دورى مدى الحياه يلتزم به المشترى قبل البائع فان البائع لا يعرف مقدما مقدار الثمن ، اذ أن ذلك يتوقف بطبيعة الحال علي المده التى سيحياها وهذا مالايمكن التكهن به مستقبلا [1] . ومن جهه القضاء المصرى فانه لم يصدر أحكاما تتعلق بمثل هذا الموضوع ، وذلك لعدم شيوع مثل هذا الموضوع فى مجتمنا المصرى حتى الان . بعكس الحالة فى المجتمعات الأوروبية ، فمفهوم الظروف الاقتصادية الجديدة يؤثر على قيمة المال المتنازل عنه ويفتح الباب أمام طرفى العلاقة التعاقدية للمطالبة باعادة تقدير المرتب بما يتاسب مع هذه الظروف وهذا هو ما أكدته محكمة النقضى الفرنسية فى العديد من أحكامها ، اذ تقـــــــول « يجب على القاضى أن يأخذ فى اعتبارة لكل الظروف الاقتصادية الجديدة سواءا كانت ظروفا عامه أو ايجارية [2] أو سياحيا » . [3] وبنفس

---

(١) د ./ السنهورى / الوسيط فى شرح القانون المدنى . جـ ٤ ١٩٨٦ دار النهضة العربية - الفقرة ٢٢٢ . د ./ منصور مصطفى منصور / العقود المسماه سنة ١٩٥٦ ص ٦٠ بند ١٥ .

(٢) - Cass civil 24 nov . 1969 Ball civil . 1 No. 120 P. 24 .

(٣) - Cass civil 24 Nov . 1969 D , 1970 . 242 Note Sorveny

الطريقة ووفقا للقانون السابق يجوز للمدين بالمرتب أن يطلب من المحكمة فى حالة إنعدام الموافقة الودية - الاعفاء الكلى أو الجزئى من هذه الزيادة إذا قدم اليها الدليل على أن المال المتنازل عنه مقابل المرتب لم تزد قيمتة بين يدية عن قيمته لحظة ابرام العقد ، وأن معـــدل الزيادة فى هذا القيمة لا يتجاوز معدل الزيادة الجزافية .

٣- هناك حالات أخرى توجب على القاضى أن يقدر العنصر الاقتصادى الذى يساهم فى تطبيق نص قانونى ، ومن أمثلة ذلك الفقرة الثانية من المادة ١٢٤٤ مدنى فرنسى ، والتى تجيز للقاضى إعطاء المهلة اللازمة للمدين ، لكى يقوم بنفيذ التزاماته ، وفقا للظروف الاقصادية المتغيرة ومن الاحكام المؤيدة لذلك تلك الصادر من محكمة Toulon (١) بتاريخ ١٦ مارس سنه ١٩٤٨ والذى إعتبر أن تجميد أموال المشترى على إثرى تغير السندات فئة ٥٠٠ فرنك والتى كان قد تم صنعها بعد الحرب العالمية الثانية بمثابه ظرف اقتصادى جديد يبرر اعطاء مهله للمشترى لتنفيذ التزامة .

ومن أمثلة ذلك أيضا تقديرة الظروف الاقتصادية فيما يتعلق بتطبيق المادة ٤/٣٥ من المرسوم بقانون والصادر بتاريخ ٣٠ سبتمبر سنه ١٩٥٣ والمعدل بالقانون الصادر فى ١٢ مايو سنه ١٩٦٥ اذ أن المشرع من خلال هذا القانون قد ترك للمشرع حرية تقدير التغير الاقتصادى الذى يؤثر على قيمة الاماكن المؤجرة وذلك بالنظر الى مصلحة المستهلكين ، ومصلحة المنظمه الوطنية للتخصيص وذلك فى حالة عدم وجود إتفاق بين المؤجر والمستأجر . وإيضا تقديرة للظروف الاقتصادية فيما يتعلق بتطبيق المادة

(١) : - Trib Civil Toulon , 16 Mars 1948 D. 1948 238 .

٨١٥ من القانون المدنى الفرنسى والمقابلة للمادة ٨٣٤ مدنى مصرى والتى تتعلق بالاحتفاظ بالشيوع . فهذه المادة تترك للقاضى حرية الحكم بالنظر الى المصالح القائمة فلا يكفى لصاحب الحق أن ينفذ الشروط القانونية اللازمة للاحتفاظ بالشيوع بل يجب أن تتلائم الظروف الاقتصادية مع الاحتفاظ بالشيوع و الاحكم التضاء بالقسمه [١] اذا لم يكن هناك نصاً أو إتفاقاً يقضى بالبقاء على الشيوع ودورة فى تقدير الظروف الاقتصادية عند الحكم فى دعوى تصفيه الاموال و دعوى التسوية القضائية إذ أن المحاكم الفرنسية تقرر إستعمال هذه الدعوى أو تلك بالنظر الى المعيار الموضوعى المنصوص علية بالمادة ١/٧ من القانون الصادر بتاريخ ١٣ يوليو سنه ١٩٦٧ ، « والتى يقضى بأن المحكمة تتبع طريق التسوية القضائية اذا تبين لها أن المدين قادر على عرض تسوية حقيقته . وفى الحالة العكسية تحكم بتصفية الاموال » ومعرفة ، ما إذا كان المدين قادراً على التسوية من عدمه تعتبر مسألة إقتصادية يترك تقديرها للقاضى . -

مما سبق يتضح لنا مدى الدور الذى يقوم به القضاء حيال الظروف الاقتصادية المتغيرة ، حتى مع وجود النص القانونى . فقد يلعب القضاء دورا مباشر وذلك بممارسة دور الخبير الاقتصادى فى تقدير هذه الظروف ، وبصفة خاصه بصدد العلاقات العقدية ، وقد يلعب دورا غير مباشرا فى تقدير هذه الظروف ،كما أوضحناه سابقا فى عديد من المجالات .

---

(١) - Cass Civil 20 Mai 1981 . D. 1982 318 - Note Ron deav Rivier cass civil 11 fevr 1969 . d. 233 Note Bretan ,

المبحث الثانى

دور القاضى في مواجهه الظروف الاقتصادية وغياب القواعد التشريعية

إن القاضي يقوم بخلق القاعده القانونية فى حاله عدم وجود النص القانونى الذي يحكم المشكلة الاقتصادية المثاره . وهذا مايظهر بصورة واضحة بصدد المشكلة النقدية ، اذ أنه يحاول التوفيق بين نوعين من المصالح المتعارضة :-

الأولى : وتتمثل في المصالح العامة للدوله ، حيث يتطلب هذا النوع من المشاكل ، عدم المساس بوحدة القيمه النقدية حتى ولو عن طريق الحيله .

الثانية : تتمثل فى المصالح الفردية ، والتي تقضى ، من جانب القاضى الحفاظ على قيمتها .

- وإذا حللنا أحكام القضاء ، فاننا سنتأكد من مراعاته لهذه المصالح المتعارضة فى ابعادها المختلفة ، وذلك من خلال الالتزامات النقدية ، والقيمية . ولذلك سأعرض لهما فى المطلبين الاتيين :-

المطلب الاول

الالتـــزامات النقدية

إن الالتزامات النقدية تثير مشاكل قانونية كثيرة ، تنتج عن تغير القوة الشرائية للنقود ونتيجة لتغير الظروف الاقتصادية .ومشكلة تغير القوة الشرائية للنقود مشكلة دقيقه وعمليه وحيويه نظرا لتجددها عبر الزمان من ناحيه ، ولكونها من ناحية أخرى من المشاكل التى تكثر احتمالات حدوثها فى الحياة العملية وخصوصا فى العصر الحاضر ، مما يجعلها فى مقدمة المشاكل القانونية التى تحتاج الى مزيد من البحث للوصول الى حلول عادلة بشأنها . اذ انها تواجة مشكله تغير القيمة السائده ، وأضطراب قيمتها الشرائية ، إما نتيجة لتغير الظروف بصوره تلقائية مما من شأنه أن يؤدى الى إرتفاعها أو انخفاضها أو انعدام قوتها الشرائية ، أو اختفائها عن مسرح التعامل (السوق) أو يكون ذلك بسبب صادر عن الدولة كأصدار أوامر ينجم عنها إضطراب سعر العمله السائدة فى التعامل [1].

والقضاء فى تصدية لعلاج المشاكل القانونية الخاصه بتخفيض الوحده النقدية يلجا الى وضع شروط تهدف الى تجنب تخفيض قيمة العملة [2] . فهو يحاول من ناحية مراعاة المصالح العامه للدولة ، وذلك

---

(١) د./ محمد على الخطيب « سلطة القاضى فى تعديل العقد فى القانون اليمنى والمصرى والفقه الإسلامى » ، رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس سنة ١٩٩٢ - ص ٤٥٧ ومابعدها .

(٢) - M. BRUNO . OPPETIT " Le role du juge en precence des prob-lemes economiques en droit civil francais "
Assoc . H. Capitant 1970 . P. 202 .
M. ELGAMMAL " L'adaptation du contrat aux circonstances econ--omiques " L.G.D.J.) 1967 .

" Le principe du nominalisme " ومن ناحية أخرى يقدر بعض الامتيازات المصالح الفردية ومتطلبات التجارة .

وهذا مايتضح من خلال عرضنا لدور القضاء الفرنسى بصدد الشروط النقدية ، والشروط القياسيه المتغيره قبل سنه ١٩٥٨ ، و ما بعدها .

- إن القضاء السابق لهذا التاريخ كان لايعتنق التيار الاسمى " Le tendence Nominaliste " وبصفه خاصه فى السنوات التالية للحرب العالمية الثانية . ولذلك فانه قد قرار البطلان المطلق لشروط الدفع بالذهب " Les clauses - or" ، وشروط الدفع بالعملات الأجنبية " Les clauses - monmaie Etrangere" ، كوسائل دفع حقيقيه أو حسابيه وذلك لمخالفتها للنظام العام [١] متمشيا مع النظام الاقتصادى السائد فى هذه الفترة .

فالمحاكم الفرنسيه إنتهجت فى ظل هذه الفتره سياسة الدفاع عن الفرنك الفرنسى وذلك بمحاولة إعاقه تخفيض قيمته أو عدم التسرع فى ذلك ، أو تجنب حدوث تغيير داخلى بين عملتين (القديمة - الرسمية) ، أو تجنب قيام سلعة غذائية كعملة حسابيه تنافس العملة الوطنية [٢] .

---

(١) - B. OPPETIT . op. cit . P. 202 .

(٢) -Cass civil 6 Mars 1876 s. 1976 1 . 161 ; cass civil 8 a cot . s . 1903 . 1 . 1920

بموجب الحكم الأول رفضت محكمة النقض الفرنسية تعديل عقداً يرجع الى القرن السادس عشر بخصوص ترعة تم الإتفاق على أ ن تروى منها بعض الأراضى المجاورة نظير مقابل أصبح نتيجة لتغير الظروف الأقتصادية تافها . وبموجب الحكم الثانى رفضت تعديل عقود التأمين ضد خطر التجنيد نتيجة لتغير الظروف الأقتصادية .

وبالنسبه لسلم المقاييس المتغيره كان ينظر اليه القضاء الفرنسي في ظل هذه الفتره ، نظرة شك وريبه على اساس انه من طبيعه تؤدى إلى حدوث تضخم مالى [١] .

ولهذا فإن أنصار الاسميه كانوا يفتقدون لهذه الحلول القضائيه ، وذلك لعدم فعاليتها على المستوى الاقتصادى ، وإقرارها للظلم فى الكثير من الحالات .

وإمام صلابة الحلول القضائيه فى ظل هذه الفتره - بسبب الحفاظ على العمله - أقرت المحاكم الفرنسيه لبعض الامتيازات المتعلقه بمصالح المتعاقدين . ففى التنظيمات الدوليـة ، على سبيل المثال ، بدأ يراعى القضاء للشروط التى تقوده فى النظام الداخلى لمراعاة متطلبات التجاره الدوليه من ناحيه ،ومن ناحيه أخرى بدأ يقبل لشروط الدفع المختلفه ، والشروط القياسيه المتغيره ومن الاحكام الصادره بهذا الشأن حكم محكمة النقض الفرنسيه الصادر بتاريخ ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٧ [٢] والتى قضت بمقتضاه بشرعية سلم المقاييس المتغيره ، وذلك بأنكاره للصفة الآمره للماده ١٨٩٥ [٣] من القانون المدنى الفرنسى ، وإستبعد كل إعتبار يستند الى قصد الاطراف ، بأعتباره عديم التأثير فى حمايتهم ضد تخفيض قيمة العمله - فالقضاء يظل يصغى لمتطلبات التجاره ، وهو ما دفع بالمشرع

---

(١) -VASSEUR " Le droit du clauses monetaires et les ensei-nememts de l'ecomomie politique " R.T . D . C . 1952 .P. 432 ets .

(٢) - Cass civil 27 Juins 1967 J.C.P. 1967 . T.2 . No 10093 .

(٣) - Art 1895 Code civil - Dalloz - 1992 - 1993 - P. 1350 .

الفرنسى الى إصدار المرسوم بقانون [١] ، والصادر بتاريخ ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٨ (رقم ٥٨ - ١٣٧٤) ، والذى أبطل بمقتضاه كل الشروط العامه ذات الصفه التشريعيه أو القاعديه ، والتى تتعلق بالفهرسه الآليه للسلع والخدمات ، وجعل تطبيق مثل هذا البطلان خاضعا للوائح التى تصدر من وزير الماليه أو الاقتصاد أو من الوزير المعنى بالامر .

وإذاء هذا المرسوم يمكن أن يقول قائلا ، بأن القضاء يمكن أن يحكم بدون تبصر ، وفقا للاتجاه الشخصى للوزير المعنى بالامر سواء كان قيميا أو رسميا ، وذلك لإختصاصهم بوضع الشروط الخاصه بشرعية تلك الشروط .

ولكن بالتحليل لاحكام القضاء الفرنسى سنلاحظ أن القضاء يتوخى الدقه وهو بصدد الحكم على شرعية مثل هذه الشروط . ومن أحكامه فى هذا الصدد تلك الحكم الصادرمن محكمة ليون [٢] بتاريخ ٩ فبراير سنة ١٩٦٦ ، والتى نصت فيه بالآتى : أنه إذا كان يوجد علاقة مباشره بين سعر سبائك البرونز ، وبين قطعه صفيح مطليه بالبرونز ، فإنه لا يوجد علاقه بين أجر العامل الذى يقوم بضاعة الالات التى تحتوى على هذه المـاده ، وبين النشاط الاصلاحى لنفس هذه الآلات .

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسيه فى حكمها الصادر بتاريخ ١٤ فبراير سنة ١٩٦٩ [٣] ، والتى قررت بمقتضاه " أن تقدير الصفة المباشره

---

(١) - Ordonnance no 58 - 1374) art 79 - code civil 1992 - 1993 . P 817 .

(٢) LYON . 9 fevr 1966. J . C . P . 1967 . T . 4 . P 91

(٣) - Cass civil 14 fevr 1969 J. C. P. 1969 . T. 2 15952 .

لعلاقة قائمه بين طبيعة المعيار المختار وبين نشاط أحد طرفى العلاقه التعاقديه أو موضوع العقد مسأله واقعيه لا تخضع لرقابه محكمة النقض ولهذا فإن القضاء الفرنسى يتجه فى سياسته الى ردع المتعاقدين عن وضع مثل هذه الشروط فى علاقاتهم التعاقديه ، ويفترض سوء نية المتعاقد الذى يشير ضمنها فى علاقاته التعاقديه ، وذلك بإقرار حق المتعاقد الآخر بالتمسك ببطلان العلاقه التى تحتوى على مثل هذا الشرط .

– وعلى العكس من ذلك فإن القضاء يتسامح كثيرا فى الترخيص بالشروط المشروعة فى العلاقات التعاقديه الدوليه فمنذ وقت طويل ، والقضاء يميز بين شروط الدفع بالذهب وبين الشروط السلعية ، وذلك فى نطاق النظام الداخلى لدولته . ولكن هذا التميز فقد مصداقيته باعلان محكمة النقض [1] عن شرعية شروط الدفع بالذهب ، وشروط الدفع بالعملات الاجنبيه وشرعية الشروط القيميه ، باعتبار أن الذهب أو العملات الاجنبية تستخدم كعملة حسابيه وليست عمله سداد ، واصبحت ذات علاقة مباشره إما مع موضوع العقد أو مع نشاط أحد طرفى العلاقة التعاقديه .

– ويقول أحد الفقهاء [2] أن وضع هذا القضاء فى الميزان يوضح لنا أهمية القواعد التى قامت بوضعها المحاكم ، منذ وقت طويل ، بصدد الالتزامات النقدية ، ومدى قدرتها على تلبيه الرغبات الاقتصادية

---

(١) - Cass civil 4 dec 1962 . d. 1963 . 698 ; cass civil 10 mai 1966 J.C. P. 1966 . T. 2 14871 .

(٢) -B. BRUNO . op. cit . P. 205 .

للمجتمع الفرنسى فى ظل تلك الفتره ، وقدرتها على التوفيق بين نوعين من المصالح المتعارضه ، المصلحة العليا للدولة ، ومصالح الافراد .

- وإذا كانت مسألة تغيير القيمة النقديه على قدر كبير من الأهميه فى العصر الحالى ، فإن الرجوع الى كتب الفقه الاسلامى يوضح لنا أن مسألة تقلب قيمة النقود لم تغب عن ذهن أئمة الفقه الاسلامى ، إذ نجد أن إبن عابدين قد عالج بدقه متناهيه هذه المسأله ، حيث أنه يفرق بداية بين الفلوس والنقود . ويرى أن الفلوس هى الدراهم أو القروش المسكوكه من معادن النحاس والبرونز والحديد ، أما النقود فهى تلك العمله المتخذه من الذهب والفضه . وقد خلص ابن عابدين من هذه التفرقه الى إخراج النقود من دائرة الخضوع للظروف الاقتصاديه المتغيره نظرا لنفاسة معدنها وبالتالى تظل ثابته القيمه بعكس الحال بالنسبه للدراهم والقروش (الفلوس) .

وفى ذلك يقول ابن عابدين " وإياك ان تفهم أن خلاف أبى يوسف جار حتى فى الذهب والفضه كالشريعى والبندقى والمحمدى والكلب والريال فإنه لا يلزم لمن وجب له نوعا منها سواه بالاجماع فان ذلك الفهم خطأ صريح ناشىء عن عدم التفرقه بين الفلوس والنقود » .

- ويتضح من هذه التفرقه أن ابن عابدين لا يجيز تعديل العقد فى حاله النقود المصنوعه من الذهب والفضه نظرا لثبات قيمتها عكس الفلوس التى هى عرضه للتقلب السريع .

ومن ناحيه تقلب قيمه الفلوس ، يرى أبو يوسف [٢] ان على المدين فى

---

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين - الرسالة الثانية - تبنيه الرقود على مسائل النقود - لإبن عابدين (محمد :افندى "امين) - طبعة سنة ١٣٢٥ هـ - ص ٦٢ - ٦٨.

(٢) ابن عابدين - المرجع السابق - جـ ٢ .

حاله انعدام قيمة النقود أن يدفع قيمتها بحسب ما كانت عليه وقت ابرام العقد ، اما فى حاله انخفاض قيمتها أو ارتفاعها فقط فيذهب أبويوسف الى التزام المقترض برد قيمه النقود المقترضه بالذهب بالنظر الى ماكانت عليه هذه القيمه يوم ابرام عقد القرض . وهذا الراى يمثل استجابه لدواعى العداله ، والتى تقتضى حصول الدائن على حقه كاملا غير منقوص . ففى حاله نقص القوه الشرائيه للنقود مثلا ، إذا لم نقل بذلك لألزامنا الدائن يتحمل ضرر قد يكون فاحشا يتمثل فى الانقاص الفعلى من ماله وهو ما يتعارض مع قواعد العداله والانصاف .

- فتغير قيمة النقود سواءا بالزياده أو النقصان إنما يمثل اختلالا أيا كان مقداره - فى التوازن العقدى ، مما يستلزم التدخل من قبل القاضى لاعادة التوازن العقدى ، بازالة مالحقه من اختلال على ضوء الظروف الجديده والموازنه بين مصالح الطرفين بالصورة التى تحقق الانصاف [1] .

---

(1) - P. RAYNUD " Les dettes de valeur en droit francais " - Mélanges 13 erth de la Gressaye . Bordeaux , 1967 . P. 611

المطلب الثانى

الالتزامات القيميــه

إن الدور الخلاق للقضاء ويظهر جليا بصدد هذا النوع من الالتزامات ، وذلك باقداره للحلول القيميه التى تبنى بالاستناد الى مفهوم الدين القيمى [1] « La notion de Dette de Valeur » والذى يستند اليه القضاء الالمانى بغية الحفاظ على نوع ما من الاستقرار للديون فى فترات الاضطرابات النقدية .

ومن ثم فانه يبدوا عادلا البحث عن قيمة هذا الاداء من خلال معناه النقدى وذلك من أجل حماية إستمرار القيمه مع مرور الزمن .

فهناك التزامات يكون موضوعها قيميا مثل الالتزام باصلاح الخساره ، وفى فترة عدم الاستقرار النقدى فأن العدال تتطلب الاخذ فى الاعتبار للقيمه الحقيقيه للالتزام لحظة تنفيذ هذا الالتزام وليس لحظة تولده فنظرية الديون القيميه تميل الى حماية الاحتفاظ بالقيمه الحقيقيه للديون وذلك بتصحيح الاخطاد القيميه الاسميه ، وإن إستخداء هذه النظريه فى القضاء يظهر كرد فعل قانونى للامراض الاقتصاديه .

ويبدو من الأهميه بمكان الاشارة الى أن تمسك القضاء بمبدأ الاسميه بصدد الديون القيميه يكون أقل من تمسكه بها بصدد الديون النقديــه البحته ، إذ أن القضاء بصدد هذه الديون يتبع العداله ، ويهتم بالمحافظه على تمام الاموال . ولذلك نجد هذا الاتجاه سائدا بصدد تقدير الديون وإعادة تقديرها .

١ - فيوجد بصدد المسئوليه المدنيه قضاء قديم ومستقر ، وفقا له يجب أن يقدر التعويض لحظة إصدار الحكم النهائى ، وذلك سواء كان متعلق بالتعويض بمسئولية تقصيريه (١) أو عقديه (٢) .

ويقول أحد الفقهاء (٣) « أن مبدأ تقدير الخساره لحظة صدور الحكم كان قد وجه اليه انتقادات مختلفه مستمده من قواعد المسئوليه المدنيه ، وبصفه خاصه تلك المتعلقه بتجديد الالتزام بأصلاح الخساره المباشره عموما أو خاصه الخساره المتوقعه بصدد الالتزامات التعاقديه ولكن مع كل هذا لا يمنعنا من الرد القول بأن الخساره المتوقعه تنصب على طبيعتها ومجالها وليس على معناها النقدى ، إذ أنه على العكس فأن مبدأ الاصلاح الكامل يقتضى أن تعرض الخساره بالقيمه الحقيقيه التى تظهر لحظة الحكم ، فتجاوز تاريخ تقدير الالتزام يوم ميلاده الى يوم إقراره قضائيا يتجاوب مع مقتضيات العداله ، وأن الالتزام بالتعويض ينشأ إلتزاما قيميا حقيقيا » .

ولكن القاضى المدنى لا يقر مبدأ تقدير الخساره لحظة الحكم إلا بناءا على سبب واقعى هو أن الخساره لم تكن أيضا أخذت بمعناها النقدى (٤) ،

---

(١) Cass . Req . 24 Mars 1942 . D. A . 1942 - 118 ; Cass civil , 18 Juill - 1943 s, 1943 . I . 130 ; Cass civil 26 oct 1949 . J.C. P. 1950 II 5310 note Essmein .

(٢) Cass civil , 16 fever , 1949 . s. 1949 . I. 69 .

(٣) M.BRUNO . OPPETIT op. cit . P. 207 .

(٤) Cass crim . 6 Juin 18446 . P. 1947 . 237 . 234 : " La cour de cass et on à estime que le victime d'un vol de valeurs mobiliéres devait être indemnisée ou cours attint par les titres ou moment de la réalisation de l'infraction . et non au jour du jugement , car les cours avaient baissé entre ces deux dates " .

أنها لا تشيد إلا التزاما قيميا ومحكمة النقض ترفض دائما السماح بالتعديل القضائى للمرتبات التعويضيه بسبب الانخفاض النقدى ، لانه فى مثل هذه الحاله سنخد أنفسنا أمام إلتزام بمبلغ من المال ، وليس أمام التزام قيمى وأن القاضى يغلب مبدأ الاسمية على العدالة .

٢ - وقد يلعب القاضى أيضا دورا كبيرا حينما يكون المدين موضوعا لتقدير مزدوج فى فترتين مختلفتين ، إذ يجب أن يضع فى إعتباره الاختلافات النقدية التى تحدث على مر الزمن .

أ - فالقضاء بصدد الغبن يهتم بحماية توازن الالتزام على مر الزمن وذلك بواسطة التقدير المزدوج . والتقنين المدنى الفرنسى ، يسمح فى الحقيقه باسترداد قيمة الغبن من قبل المدعى عليه فى دعوى البطلان أو الفسخ ، إذ أنه يمكنه من أن يحدد السعر بتسليم مبلغ من النقود كتكمله لحصته من الميراث إذا كان المقصود من الدعوى تقسيم تركه بين الورثه أو مكمل السعر العادل إذا كان المقصود من الدعوى عقد بيع . فمبلغ التكمله يجب أن يحسب عموما لحظة حدوث الغبن ، أى لحظة تقسيم التركه أو حدوث البيع .ولكن اذا حدثت التغيرات النقديه بين لحظة حدوث الغبن وبين لحظة إسترداد قيمة الغبن ، فان الشركاء أو البائع يمكن أن تلحقهم خسارة ما .

- وهذه هى الحاله التى أراد القضاء [1]أن يعالجها بأقراره ، بالرجوع الضمنى الى مبدأ الدين القيمى ، « أنه إذا كان من المناسب ، لكى نقر بوجود غبن ، أن نأخذ فى الاعتبار بقيمة العماره لحظة البيع أو لحظة

(١) Casscivil . Plén , 9 mars 1961 . D . 1961 . 505 ; cass civil 7 juin 1866 . D. 1966 .

التقسيم فإنه فى المقابل ، حينما يعترف بالغبن ، فإنه يجب التكمله للسعر العادل أو للحصه الميراثيه ، بالتوافق مع قيمتها الحقيقيه فى الفتره التى يجب أن تتدخل فيها هذه التسويه التكميليه ، وليس بالتوافق مع القيمه التجاريه للعماره لحظة بيعها أو تقسيمها . ومع ذلك هذه التكمله لا يجب أن يتحملها إلا الطرف الذى لم يسدد السعر العادل .

ب- و تغلب المحاكم أيضا إعتبارات العداله ، وتقر لنظرية الالتزامات القيميه فى موضوع الميراث والهبة ، ففى الحقيقه يبدوا للمحاكم أن مبدأ المساواه بين الشركاء تتلائم بصعوبة مع إستحالة أو عدم إمكانية الموازنه بين الأموال الذى تقدر فى تاريخيين مختلفيين ، وأنها شعرت ، فى فتره عدم الاستقرار النقدى ، بضرورة الرجوع الى وسيله التقدير المزدوج من أجل أن تقلص الهبات ، وتصل الى تجنب تحمل الورثه الفرضيين وحدهم لنتائج تخفيض العمله ، وأن يحصل أصحاب القضايا (الموهوبين أو الموصى لهم) على زيادة القيمه بدون سبب : ومن خلال قضاءا موجها بالبحث عن المساواه الميراثيه ، ومن خلال مراعاة القضاه الى معرفة المساهمه الممكنه للشركاء فى التقلبات الاقتصاديه للمال الموروث القائم ، سواء كانت هذه التقلبات سابقه على الوفاه أو لاحقه ، يمكن أن بقف على حقيقة الدور الذى يلعبه القضاء بصدد هذه المساواه [١] .

أولا : بصدد الوصايا ، أقر القضاء[٢] تقنية التخفيض النسبى ، كى

---

(١) - P.CATALA " La jurisprudence , gardienne de , l'egalite successorale " D . 1962 . P. 108 .

(٢) Cass civil , 29 dec - 1953 . d 1954 . 327 ; cass civil 12 dec 1962 . D , 1963 . 217

يقى الورثه الفرضيين من التقلبات النقديه التى تحدث فى الفترةما بين يوم وفاة الموصى ويوم تقسيم التركه . وهذا الاجراء يعتمد على مزاولة التقدير الاول للضرر الذى يصيب النصاب الميراثى يوم الوفاه ووضعه فى نسبه معينه والتى يجب أن نراعيها لحظة التقدير الثانى يوم حدوث التقسيم ، بحيث يحتفظ الورثه الشرعيين بالقيمه الحقيقيه لانصبتهم لحظة تقسيم التركه وأن يستفيدوا من زياده القيمه .

ثم بعد ذلك وسع القضاء مجال الاستفادة من هذا الحل الى الورثة الفرخيين فى حاله الهبه ، وذلك لكى يجنيهم التخفيض النقدى ، والذ/ى يحدث بين يوم ابرام الهبه ويوم حدوث الوفاه [1] .

فنظام التسويه النسبيه يتكون من اقرار الحصه التى يجوز التصرف فيها بالقرب من قيمه الفروض الموضوعيه فى فتره الهبه وليس يوم الوفاه ، ثم بعد ذلك تطبيق لحظه التوزيع هذه النسبه المحددة بعد التقدير الثانى .

فمفهوم الالتزام القيمى بيدو إذاً باعتباره نموذج للخلق البريتورى ، والذى يعد لحمايه الاحتفاظ بالقيم الموروثه بعيدا عن التقلبات الاقتصاديه والماديه .

ينتج من كل ما سبق ان موقف القاضى المدنى بصدد المشاكل الاقتصاديه نخضع لقاعده من قواعد السلوك . ففى معظم الحالات التى ينحصر تصرف القاضى فيها داخل نطاق شرعى ، نجده يؤكد اهتمامه باحترام كلمات القانون وروحه ، اذ أن دوره يعتمد على تكييف النص مع المعطيات الاقتصاديه ، بدون ان يناقض الارادة التشريعية ، وذلك حينما

---

١) Cass civil 5 juill 1960 . D 1961 . 76 .

يستدعيه المشرع صراحه للقيام بهذا الدور ، أو حينما يجير على تكلمه النقض التشريعى ، فهو يجتهد دائما لحل كل مشكلة داخل نطاقها الفردى ، وذلك من خلال ارتباط حكمه بالخطه السياسيه المتبعه بواسطه السلطات العامه ، حتى ولو لم يعبر عن هذه السياسة بطريقة تشريعيه . ففى الموضـوعات النقديـه مثـلا يكـون مطلوبا من القاضـى الدفاع عـن مصالح الدولة .

وهذا لا يكون الا فى الغياب لكل قواعد هذا النظام (مكتوب أو غير مكتوب) ، حيث يكون القاضى حرا فى الرجوع الى قواعد العداله ، وتبنى سياسة تقويميه .

فاالقضاء هنا يتصدى للمشاكل الاقتصادية التى تحدث فى المجتمع ، سواء وجد نص تشريعى بحكمها ولكنه لايتوافق معها ، واذ ان دوره فى هذه الحالة ينصب على ملائمة النص مع الظروف ، وسواء لم يوجد بصددها نص تشريعى ، وفى هذه الحاله يحاول القضاء كما إتضح سابقا ان يضع القاعده المناسبه لحل المشكله الاقتصاديه ، بالاضافه الى محاوله التوفيق بين المصالح المتعارضه ، مثل توفيقه بين المصالح العامه والمصالح الخاصه .

الباب الثانى

دور القاضى فى مواجهة التقدم الطبى

مقدمـــــه :

إن التطور فى مجال الطب يتقدم الان بخطى سريعه ، يصعب معها على المشرع أن يتناولها بالتنظيم . ففى غضون هذا القرن بدأت تظهر الى حيز الوجود ، عمليات طبيه على قدر كبير من الخطوره مثل عمليات نقل الأعضاء البشرية سواء من الأحياء أو من الموتى ، وجراحات التجميل ، وتركيب الأسنان الصناعية ، وعمليات نقل الدم ، وإجراء الفحوص الطبيه بطرق عديده ومختلفه .

وبدايه من منتصف هذا القرن بدأ التقدم الهائل فى المجال البيولوجى وعلم الوراثة والجينات إلى درجة تهدد مستقبل البشريه ذاتها ، إذ بدأت تنتشر عمليات التلقيح الصناعى بالرغم مما تثيره هذه العمليه من مشاكل ولا سيما بعد ظهور بنوك حفظ المنى ومايجيزه البعض من إمكانيه إختيار مواصفات الطفل المبتغى من بين المنى المعروض فى البنوك ، وما أثير من إمكانيه تلقيح المرأه بعد وفاة زوجها من منيه المحفوظ ، وحق المرأه فى أن يكون لها أولاد بلا زواج . وبدأت أيضا عمليات التحكم فى الجنس ، ومحاوله تخليق اجناس ذات مواصفات محدده وامكانيات معينه ، وقدرات خارقه عن طريق التلاعب بالجينات وعوامل الهندسة الوراثيه ، عن طريق تغيير الجنس ، وهو ما يثير العديد من الاسئله والقضايا التى تتعلق بعملية التغيير ، بدأ من تغير الاسم ، إلى بيانات الحالة المدنيه والأوراق الرسميه الآخرى ، وتآثير ذلك على عقود الزواج القائمه ، والعلاقه بين الأباء والأبناء وقواعد المواريث والأنصبه والعصبات والأرحام ،

والوظيفه العامه التى يشغلها الشخص إذا كانت تتطلب فيمن يشغلها جنس معين

- كل هذا دفعنى إلى البحث عن دور القضاء فى مواجهة هذا التقدم الطبى ، وهو ما نتصدى له من خلال فصلين :

الفصل الأول : - دور القاضى وعمليات التلقيح الصناعى .

الفصل الثانى : - دور القاضى وعمليات تغيير الجنس .

الفصل الأول

دور القاضى و عمليات التلقيح الصناعى

إن ممارسة التلقيح الصناعى ،ليس بالأمر الجديد ، إذيعرفه الواقع العملى فى مصر منذ فترة طويله خصوصا فى الأوساط الشعبيه بما يسمى « الصوفه » [1] التى كانت تستخدم فى حالة عقم الزوج مع قدره الزوجة على الإنجاب . وهى تستخدم بطريقتين : إما أن يقذف الزوج على الصوفه ، ثم تقوم الزوجه بوضعها فى المهبل على أمل تلتقى البويضه بنطفه زوجها ، وإما أن توضع الصوفة فى فرج زوجة رجل عقيم . ثم تتم عملية الجماع فيعلق المنى بالصوفه ، ثم توضع فى فرج الزوجة التى يعانى زوجها من العقم ، على أن يتم الجماع بينهما مباشرة . فالتلقيح الصناعى وسيلة قديمه شاع إستخدامها فى دول عديده ، منذ الخمسينات وخاصه فى أمريكا وبريطانيا واليابان وإسرائيل ، ويمكن لنا معرفه مدى زيوع هذه الوسيله فى بلد مثل فرنسا [2] إذا علمنا أن نسبة ١ : ٨ من المتزوجين يلجئون إلى التلقيح الصناعى باعتباره من وجهة نظرهم من التطبيقات المفيدة للحق فى الصحة .

---

(١) د./ محسن عبد الجواد « الطبيب المسلم بين أحكام القانون الوضعى وأحكام الشريعة الإسلامية » - نشرة الطب الإسلامى - العدد الرابع ، أعمال المؤتمر العلمى الرابع عن الطب الإسلامى - الجزء الخامس ، د./ محمد سلام مدكور « الجنين والأحكام المتعلقة به فى الفقه الإسلامى » - الطبعة الأولى - سنة ١٩٦٩ ، ص ١٣٢ ، هامش رقم ١ .

(٢) - Guy RAYNOUD " La Procreation Artificielle en drcit Français " J.C.P. P.1983 . Doctr. 3114.

- وأمام زيوع وإنتشار هذه الوسيلة ، كان لابد لرجال القانون ، وبصفه خاصه القضاء ، أن يحاولوا التعامل معهاوترويضها . ويضعون حداً لما يمكن ، وما لايمكن ، من صور التقدم الحديث . والتلقيح الصناعى كوسيله للانجاب يمكن أن يتم بين الزوجين حال حياتهما ، ويمكن أن يتم بعد وفاة الزوج ،

ولذلك سأعرض لهذين النوعين من خلال المبحثين الآتيين .

- **المبحث الأول** : - التلقيح الصناعى حاله حياه الزوجين

- **المبحث الثانى** : - التلقيح الصناعى بعد وفاه الزوج

المبحث الأول

التلقيح الصناعى حال حياة الزوجين

لقد آثار هذا الموضوع إهتمام الكثير من الفقه فى فرنسا ، وإن كان أغلبه متعارضا ، وأقترحت مشروعات قوانين لتنظيمه .

فالبعض من الفقه الفرنسى [1] يقر بصحة عمليات التلقيح الصناعى ، بأعتبارها من التطبيقات المفيده للحق فى الصحة ، والبعض الآخر [2] يرفض هذه العمليه ، ويعتبرها نوع من التعدى على حريه الإنسان ولاسيما إذا كانت تتم بين رجل وإمرأه لا تربطهما أيه علاقه شرعيه .

وإذا كان التلقيح الصناعى حال حياه الزوجين ، أصبحت وسيله معروفه في معظم دول العالم ، فان الأمر يدق حينما يتم التلقيح ، بتدخل عنصر أجنبى فى هذه العمليه ،ولهذا فإننى سأعرض لهذه العمليه من خلال المطلبين الآتيين .

المطلب الأول : - التلقيح الصناعى بين الزوجين .

المطلب الثانى : - التلقيح الصناعى بتدخل عنصرأجنبى .

(١) - G . RAUNOUD . op.cit P. 3114 .

(٢) - A VIER LABBEE " L'insemination pratiquée aprés la mott de donner " Gaz Pal . 1984 - 401 .

المطلب الأول

التلقيح الصناعى بين الزوجين

- يقصد بالتلقيح الصناعى فى هذه الحالة ، أن تلقح الزوجة بمنى زوجها وهو على قيد الحياه ، سواء تم ذلك بادخال المنى إلى رحم المرأة ،أو تم هذا الإخصاب خارج رحم المرأة (طفل الأنابيب) .

والتلقيح الصناعى بين الزوجين ، حال حياتهما ، يعتبر من الأمور المقبولة شرعاً سواء من الفقه أو القضاء الفرنسى طالما توافر لعملية التلقيح هذه كل الشروط اللازم توافرها لأى عمل طبى أيا كانت طبيعيه .

فالقضاء الفرنسى يرى أولا ضروره موافقة الزوجـــه على عمليه التلقيح ، ولذلك يعتبر أن تلقيح الزوجه بغير رضاها سواءاً عن طريق الغش أو الحيلة من قبيل هتك العرض . أما من ناحيه موافقة الزوج فقد إختلف موقف القضاء الفرنسى بصددها ، إذ أنه قد أعتبر فى بدايه الأمر - أن عمليه التلقيح الصناعى إهانه بالغه تخول الزوج طلب الإنفصال الجسمانى . ومن ثم وصفت محكمه " Bardeoux " فى حكم قديم لها ، التلقيح الصناعى بأنه « وسيله صناعيه تستهجنها الأخلاق الطبيعيه ، ويمكن أن تسبب فى حاله التجاوز أو التعسف خطراً إجتماعياً حقيقيا ، أنه من المهم لكرامه الزوج الأ تنتقل مثل هذه الوسائل من نطاق العلم إلى حيز الواقع ووصفته محكمة "Lyon"[٢] فى حكم حديث نسبيا « بأنه يعد إجراء مدان إنسانياً ، يبرر الإنفصال الجسمانى لخطأ الزوجة حتى ولو كان الزوج قد سبق أن وافق عليه » .

---

(١) - Trib civil , Bordeaux 27 eout 1883 rev . HUISSIER de justice 1955 P. 37 .

(٢) - Lyon 28 mai 1956 D. 1956 - 646 Note Breton .

وإذا كان قرار التلقيح الصناعي يجب أن يتخذ من الزوجين برضاءهما المشترك ، لماينتج عنه من ميلاد طفل جديد يترتب عليه نشوء التزامات على عاتقيهما معا في التربيه والرعايه والنسب والميراث ، فإنه مع ذلك لا يوجد حتى الأن في القانون الفرنسي قاعده تجعل من رضاء الزوج شرطا لصحه أو جواز التلقيح . ولهذا فقد أخذ القضاء الفرنسي - [1] حديثا موقفا وسطا ، بقصد التغلب على عدم موافقه أحد الزوجين على التلقيح الصناعي ، معتبرا أن إعتراض أحدهما على هذه العمليه يعد من قبيل الخطأ الجسيم ، وذلك إذا كان التلقيح يتم بمني الزوج حال حياته - يبرر النصل الجسماني مؤسسا ذلك على أن إعتراض أي من الزوجين يؤدي إلى الحيلوله دون تحقيق غايه جوهريه من غايات الزواج تتمثل في ميلاد طفل للزوجين ، مثله في ذلك مثل الذي يرفض إجراء عمليه جراحيه ليست خطيره من شأنها أن تعيد إليه خصوبته .

وهذا النوع من التلقيح الصناعي قد قبله الفقه والقضاء المصري ، إذا تم بين الزوجين ، وحال حياتهما ، بقصد علاج أي منهما من العقم . وهذا ما يستشف من حكم محكمه النقض المصريه الصادر بتاريخ ٢٢ فبراير سنه ١٩٧٨ [2]إذ تقول فيه « الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز ، وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمه ، أن يستفاء من دلالة التعبير ، أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر الساكت فيها مقراً بالحق بسكوته

(1) - Nancy 6 Mai 1946 Gaz . Pal 1946 - Cass civil 16 dec 1963 . D . 1964 . 227 . Paris 27 Oct 1959 . D . 1960 . 144 .

(٢) نقض ٢٢ - ٢ - ١٩٧٨ - أحكام النقض - س ٢٩ ق - ص ٥٦٨ .

إستثناء من قاعده الا ينسب لساكت قوله ، ومنها سكوت الوالد بعد تهنئه الناس له بالمولود ، فقد أعتبر سكوته في هذه الحاله من قبيل الإقرار منه بأنه إبنه ، ومن ثم ليس له أن ينفيه بعد ذلك .

فهذا الحكم من قبلها يعد بمثابه قبول للانجاب بوسيلة التلقيح الصناعي بين الزوجين حال حياتهما .

المطلب الثاني

التلقيح الصناعي بتدخل عنصر اجنبي

إن التلقيح الصناعي كما ذكرنا ، قد يحدث بين الزوجين ، وقد يحدث بتدخل شخص من الغير ، لكي يتم الحصول منه على نطفه يتم حقنها في رحم زوجة الرجل المصاب بالعقم حتى تلتقي ببويضه الزوجة فيتم التلقيح بينهما . ومراعاه لبعض الإعتبارات الأوربية في فرنسا ، فان بنك حفظ المني يحصر التلقيح بغير مني الزوج في حالة الزواج الشرعي ، وفي الحالة التي يكون الزوج فيها مصابا بالعقم ، على أن يكون هذا العقم غير قابلا للشفاء .

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي [1] فقد رفض في بدايه الأمر ، هذا الأسلوب باعتبار أن حمل الزوجة بهذه الطريقة يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذي يبرر الفصل الجسماني ، حتى ولو كان هناك موافقة من قبيل الزوج ، ومن ثم للزوج حق إنكار بنوته لهذا الطفل .

---

(١) Lyon 28 mars 1956 - D . 1956 - 646 .

إلا أن القضاء الفرنسى قد عدل عن مسلكه هذا ، وقبل لهذا الأسلوب ، مشترطا موافقه الزوج فقط على هذا النوع من التلقيح ، مع إعطاءة فى نفس الوقت حق الإعتراض على الحمل بهذه الطريقه .

أما الفقه والقضاء المصرى ، فقد رفض هذا التدخل ، وإعتبر أن الحمل بهذه الطريقه غير جائز شرعا وقانونا فهو من الناحيه الشرعيه ، يزج بالإنسان فى دائرة الحيوان ويخرجة عن المستوى الإنسانى ، مستوى المجتمعات الفاضله التى تنسج حياتها على اساس الزواج وإعلانه ، ولذلك فان هذه الوسيله تعد فى نظر الشرع جريمه منكره وإثما عظيما يلتقى مع الزنا فى إطار واحد . فالتلقيح الصناعى بماء رجل أجنبى يعتبر جريمتين : فهو يجمع بين النبنى ، وهى إدخال عنصر غريب فى النسب ، وبين جريمه أخرى وهى إلتقاءه مع الزنا فى إطار واحد حيث يؤدى إلى إدخال ماء رجل أجنبى فى حرث إمرأة غريبة عليه (١) .

وهو من الناحية القانونية غير جائز ، ذلك لأنه يؤدى إلى خلق كائن حى ، ومن ثم إجازه التبرع بها يؤدى إلى إعتبار الإنسان« كالشيئ أو الإنتاج » الذى ينتجه شخص (المتبرع) ليحصل عليه شخص آخر (زوج المرأه التى تم تلقيحها) الأمر الذى يؤدى فى النهايه إلى تشويه الطبيعه الإنسانيه ، وهو مايؤدى إلى بطلان مثل هذا العمل بطلانامطلقا (٢) .

---

(١) الشيخ / محمود شلتوت - الفتاوى سنة ١٩٥٩ ص ٣٠٠ - د./ يوسف القرضاوي - الحلال والحرام فى الإسلام طبعة ١٩٨٠ - ص ١٩٠ .

(٢) راجع د./ بدران أبو العينين - حقوق الأولاد في الشريعة والقانون - الاسكندرية ١٩٨١ . ص ٣ .

المبحث الثانى

التلقيح الصناعى بعد وفاة الزوج

لقد ظهرت مشكله تلقيح الزوجة بمنى زوجها بعد وفاته فى فرنسا سنه ١٩٨٤ ، فى قضية تتلخص وقائعها فى أن زوجاً أودع نطفة لحفظها فى مركز الدراسات وحفظ السائل المنوى الإنسانى فى فرنسا ، وإستخدامها فى تلقيح زوجته بعد ذلك ، لكن الزوج توفى قبل إجراء عملية التلقيح ، فطالبت زوجته المركز تسليمها نطفه زوجها وإجراء عمليه التلقيح « تخليد لذكرى زوجها » ، لكن رفض المركز الإستجابة لطلب الزوجة فرفعت الأمر أمام القضاء [١] الذى إستجاب لطلبها على اساس أنه « ليس فى شروط إيداع وحفظ نطفه الزوج المتوفى ، ولافى تلقيح أرملته مايمنع ذلك ، كما أنه لايتعارض مع القانون الطبيعى ولا مع أهداف الزواج وهو الإنجاب » وهكذا أجازت المحكمه للزوجه الحصول على نطفة زوجها ، ومن ثم إجراء عمليه التلقيح بعد وفاة الزوج لا لشيئ سوى أنه ليس فى القانون الطبيعى ما يمنع ذلك وأن الإنجاب هو أحد أهداف الزواج .

وقد تعرض هذا القضاء لنقد جانب من الفقه ، وتأييد البعض الآخرمنـــه ، أما الناقدين له ، فيرون أن هذه العملية تصطدم بالشعور الإنسانى ، إذ يرى الإستاذ Raynoud [٢] أنه« يجب تحريم الحمل بعد الوفاه لأنه ليس فى مصلحه الطفل مطلقا بل هو فى مصلحة الأرملة ، ويرجى ألا تمتد تلك المصلحة إلى درجة يحصل فيها مثل هذا الطفل على

---

(١) - Trib de créteil 1er aout 1984 J.C. P. 1984 . 2,2032 .

(٢) - G . RAYNOUD " La procréation ar tificielle en droit français " J.C. P. 1983 . Doct . 3114 .

تركه المتوفى ، وإذا كان الشرع الفرنسى قد قبل زواج المرأه بعد وفاه زوجها فأنه يجب ألايسترسل ويسلم بزيغ أو ضلال أو شذوذ جديد بالسماح للأرملة بالتلقيح الصناعى بعد وفاة زوجها » .

كما يرون أن هذا القضاء سيؤدى إلى الفصل التام بين الزواج والإنجاب ، مخالفا بذلك كافه الشرائع ، بل وقانون الطبيعة ذاته الذى إسندت إليه المحكمه فى محاوله منها لتبرير حكمها . فالفطره التى فطر الله سبحانه وتعالى الناس عليها تقتضى بضروره إجتماع الذكور بالإناث للتوالد والتكاثر الذى يكون إساسه الزواج ، واذا كانت المحكمة قد قررت ، تأييداً لقضاءها أن الإنجاب هو أحد أهداف الزواج ، فأين هو الزواج الذى تتكلم عنه المحكمه ، فقد انفصمت عراه بوفاة الزوج ، ومن ثم يختفى مع إنتهائه أى رغبه فى الإنجاب [1] . أما الفقه المؤيد لهذا الحكم [2] ، يرى أن العمليه هذه تتوقف على موافقه الزوج قبل وفاته على أن يستخدم منيه على هذا النحو ، كما هو الحال فى التلقيح حال حياته ، يرون أن مجرد إيداع الرجل لمنيه فى مركز لحفظ مثل هذه الأشياء دليلاً ضمنيا على الموافقه .

والبعض [3] من فقهاء هذا الإتجاه يكيفون العملية هذه على أنها وصية مثلها فى ذلك مثل الوصية بجزء من المال ، وأنه فى حالة غياب التشريع الذى ينظمها فانه يجب معاملة المني البشرى معاملة التبرع بالاعضاء .

---

(١) د./ محمد أبو زهره « الإنجاب الصناعى - أحكامه القانونية وحدوده الشرعية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ١٩٩٠ - ١٩٩٤ .

(٢) - N : J AUN MAZEN Mazen " L'insemination artoficielle une réalite ignoree par le legislateur " sem jur 1978 Doct 2889 .

(٣) A . LABBEE " L'inoemination artificielle pratique apres la mort du donaeur "

- أما هذه المشكله فلم تعرض حتى الأن على القضاء المصرى ، ومن ثم لم تكن لديه سوامن تتعلق بهذا الموضوع ، وذلك لعدم تصورحدوث مثل هذا النوع من التلقيح فى مصر لمخالفته لقواعد الشريعه الإسلامية ، إذأن العلاقه بين الزوجين تتقضى بمجرد وفاه أحدهما ، ومن ثم فان تلقيح الزوجة بمنى زوجها بعد وفاته يعتبر عملا غير مشروع وذلك لعدم مشروعيه العلاقه ذاتها [١] .

---

(١) د./ على حسن نجيده « التقليح الصناعى وتغير الجنس » دار النهضة العربية ١٩٩٠ - ١٩٩١ - ص ٤٩ .

الفصل الثانى

القضاء وعمليات تغيير الجنس

يقصد بتغير الجنس ، الحالة التى يوجد فيها شخص من جنس محدد مقتنعا إقتناعا مطلقا بانتمائه إلى الجنس الآخر مما يثير بداخله تناقضا رهيبا ، هذا التناقض يجعله يشعر بأنه مجنى عليه فى غلط لا يحتمل من الطبيعه إذ يشعر بأنه أنثى فى جلد رجل أو العكس ، ويبغض جسده بغضا يدفعه إلى سلوك مسلك الجنس الآخر ، إلى التخنث ، إلى الإنماط أو حتى قطع عضوه بنفسه أو الإنتحار [1] ولذلك وأمام أهمية هذا الموضوع فاننى سأتصدى له من خلال المبحثين الآتيين : -

المبحث الأول : - القضاء الفرنسى وعمليه تغيير الجنس

المبحث الثانى : - القضاء المصرى مشكله تغيير الجنس

(١) د./ على حس نجيده - المرجع السابق ص ٥١ .

المبحث الأول

القضاء الفرنسى وتغيير الجنس

حينما ظهرت مشكله تحول الجنس فى فرنسا ، فان القضاء الفرنسى وصف التدخل الجراحى لإجراء هذا التحول بأنه غير مشروع من وجهة نظر القانون الجنائى ، وبناءاً عليه كانت المحاكم [1] ترفض طلب تعديل الحاله المدنية المستندة إلى هذا التحول .

الا أن محكمه Saint-Etienne قد أصدرت حكمين يمثلان إلى حد ما خروجا على القضاء السابق ، والذى يذهب إلى عدم مشروعيه جراحه التحويل ، والأثار التى تترتب عليه . صدر الحكم الأول [2] بمناسبه فتاه ولدت سنه ١٩٤١ ، وشيأ فشيأ شعرت بانتمائها إلى الجنس الآخر ، وبدأت تسلك مسلك الرجال ، وبعد عمليه تغيير للجنس تمت فى أمريكا ، صارت على أثرها شابا يافعا تزوج من فتاه حسناء زواجاً مدنيا ، ثم مالبس أن أكد هذا الزواج فى شكله المدنى بعد ذلك فى المغرب . ولما عرض الأمر على الخبراء ، أكدوا عمليه التغيير فأمرت المحكمه باجابة طلبها بتغيير إسمها الشخصى وتغيير نوعها فى الأراق الرسميه . يتعلق الحكم الثـــانى [3] بحاله عكسيه حيث ولد كردستان عام ١٩٥١ ، وشعر بعد فتره بغموض فى هويته الجنسيه ، قاده إلى اجراء عملية جراحية صار بعدها فتاة ، الا أن الخبراء تشككوا فى تبريرات ودوافع هذا الشاب لإجراء تلك الجراحة وانتهوا إلى أن الأمر لا يعدو أن يكون خنوثة يمارسها هذا الشاب

---

(١) - Trib . civ Seine 18 Janv . 1965 J. C . P. 1965 , T.2 1421

(٢) - Trib Saint etienne 11 juill 1979 D. 1981 P.. 270 .

(٣) Trib saint etienne 28 Mars 1980 d. 1981 . P. 270 .

منذ فترة طويلـــة أدت إلى خلط فى الذاتيه ، كان يستدعى علاجا يختلف عن ذلك الذى حدث ، ومن ثم رفضت المحكمه تغيير حالته المدنيه وسمحت فقط بأستبدال إسمه الشخصى .

- ومن هذين الحكمين يمكن أن نستشف موقف القضاء الحديث فى فرنسا ومدى تقبله على كون التغيير فى الجنس قد حدث حقيقه ، وينتج عنه إنتماء الشخص كلية إلى جنسه الجديد . اذا كان الأمر كذلك ،سام القضاء بالتغيير ورتب عليه آثاره ، أما إذا لم يثبت التغيير حقيقه ، ولا يعدو أن يكون ما حدث سوى إستجابه لإراده طائشة من الشخص فان القضاء يقف عند مجرد اجازه تغيير الإسم الشخصى فقط . ومن احكام القضاء الفرنسى فى هـذا الضوء ، حـكم محكمـه باريس الصادر فى ٨ ديسمبر سنه ١٩٦٨ [١] والذى يتعلق بشاب شعر بازدواج وغموض فى هويته الجنسيه ، وفى أثناء جراحة أجريت له ، كشف له عن عضو تناسلى لأنثى أكد الخبراء أنه كان هناك غلط ، كما أكدوا أن تخلف الأعضاء التناسليه الداخليه القادره على الإخصاب لاتستبعد الجنس الأنثوى ، وعلى إثرى هذه الشهاده حكمت المحكمه بتغيير حالتها المدنيه ، لثبوت الغلط الذى تمثل فى وجود أعضاء أنثيويه مطموره فى جسدها .

ومن هذه الأحكام أيضا حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٦ ديسمبر سنه ١٩٧٥ [٢] والذى صدر بخصوص شاب إدعى أنه كان ضحية تدخل جراحى من قبل الإطباء الألمان وقت الحرب ، أزيلت على أثره أعضاءه التناسليه وتحول صوته وصدره إلى وضع الأنثى تماما و طالب بأن يصرح له

---

(١) - Paris 8 déc 1968 J.C.P. P. 1968 . T. 2 15518

(٢) - Cass civil 16 déc 1975 D. 1976 . 897 .

بحمل إسم أنثى وتغيير إسمه الشخصى .

رفضت محكمه الإستئناف إجابه طلبه لعدم ثبوت غلط حدث عند الميلاد ، أمكن الكشف عنه بالكشف عن الأعضاء التناسليه الداخليه ، إلا أن محكمه النقض لم تقرها هعلى ذلك ، ومن ثم تكون قد سلمت فى حكمها بهذا التغيير وأثره على حاله الشخصى .

ومنها أيضا حكم محكمه تولور [١] الصادر فى ١٠ فبراير سنه ١٩٧٧ والذى صدر بخصوص فتاه شعرت بشراره التذكر تسرى فى كيانها ، وزاد هذا الشعور لديها على إثرى إصابه عارضة بالجمجمه تعرضت لها . وقال القاضى فى حكمه « أن الشخص الذى عانى فى تطوره الجنسى ، سواء بفعل الطبيعه ، أو بعامل خارجى ، تحولا خاصا على نحو لا يمكن تحمله دون معاناة خطيرة ، فان حالته الإجتماعية يجب أن توافق الجنس الظاهر ويكون له الحق أن يحصل على تعديل لحالته المدنية ، وعندما لاحظت المحكمة الإتجاد النفسي لهذه الفتاه نحو الذكوره وانخراطها فيها ، وعلى من الرغم من مظهرها الأنثوى ، أمرت بتعديل جنسها القانونى واسمها الشخصى [٢] .

- مما تقدم نلاحظ أن القضاء الفرنسى قد تصدى لظاهرة تغير الجنس التى بدأت تطفوا على سطح المجتمع الفرنسى وأعد لها حكمها القانونى بدون أن ينتظر تدخلا من المشرع ، موفقا بذلك بين الواقع والقانون .

---

(١) - L . LINOSSIER " Le Tranassexualisme esquisse pour un profil culturel et juridique " D. 1981 P. 142 .

(٢) من الأحكام التى صدرت بهذا الصدد :
حكم محكمة ديجون الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٧٧ Gaz Pal ، وحكم محكمة تولور الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٧٨
- دالوز سنة ١٩٨٠ ، حكم محكمة باريس الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٦٧ ، والصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٤ - دالوز سنة ١٩٧٤ .

المبحث الثاني

القضاء المصرى وعملية تغيير الجنس

إن هذه المشكلة قد أثيرت أمام القضاء المصرى لأول عام ١٩٨٨ بخصوص طالب بكلية الطب / جامعة الأزهر وكان هذا الطالب هو فى السنة الخامسة من دراسته بالكلية قد بدأ يتصرف تصرفات غير طبيعية وضحت على مظهره الخارجي منها وضع مساحيق تجميل على وجهه وارتداء ملابس النساء ، مما استدعى إحالته الى مجلس تأديب الذى أنهى التحقيق معه فى ١٩٨٨/١/٥ باصدار قرار لفصله لمدة شهرين وإعطاءه فرصة لإعادة مظهره الخارجي وتصرفاته وملابسه الى الوضع الطبيعى كطالب بكلية طب الأزهر ، ولكن الطالب فى ١٩٨/١/٢٩ أجرى عملية جراحية بمستشفى خاص بمعرفة احد مستشارى جراحة التجميل ، تم فيها إستئصال القضيب والخصيتين ، واستحدثت له فتحة صناعية خلف مجرى البول الخارجي .

وعندما عرض الأمر على محكمة القضاء الإدارى ، بمناسبة الطعن المقدم من الطالب ضد القرار الصادر فى ١٩٨٨/٤/١٣ قضت المحكمة [١] برفض وقف تنفيذ القرار معتمدة فى ذلك على أن الطالب كان مكتمل الذكوره وكانت أعضاءه التناسلية مكتملة النمو ولم يكن له أعضاء أنثوية خارجية أو داخلية ، وأنه وافق على إجراء عملية جراحية لم تكن لها دواعى طبية عضوية على الإطلاق ، فضلا عن أن الطالب كان يتشبه

---

(٢) محكمة القضاء الإدارى - دائرة منازعات الأفراد والبينات - دعوى رقم ٥٤٣٢ لسنة ٤٢ لسنة ٤٢ ق - حكم منشور .

بالنساء في الملابس والزينة قبل إجراء العملية ، فيكون بذلك قد خرج عن السلوك السوى والآداب الإسلامية الفاضلة التى يلزم توافرها فيمن ينتسب الى جامعة الأهر التى تعمل على أن يكون خريجوها قدوة طيبه ومثلاً أعلى يحتذى به .

ولكن فى ١٩٨٧/٧/٢٨ صدرت شهادة طبية من إخصائى الأمراض العصبية والنفسية جاء فيها « بالكشف الطبى على المريض ، وبدراسة تاريخه المرضى تبين أنه يعانى من مرض ، حيث أنه أثنى من الناحية النفسية وغير صالح لحياة الذكوره . وشهادة أخرى من نفس الطبيب بتاريخ ١٩٨٨/٧/٦ تفيد « أنه بالكشف الطبى النفسي على المدعى بعد اجراء التحول الجراحى تبين أن حالته النفسية مستقرة تماما وانه سعيد بحياة الأنوثه التى تتمشى أساسا مع هوايته الجنسيه والنفسية » .

كما تقدم الطالب بتقرير طبى شرعي [1] ، جاء فيه : «أن الطالب المدعى كان ذكرا كامل الذكورة من الناحية العضوية ولكنه كان يعانى من حالة نفسيه وهى تحول جنسى نفسى ، وقد عولج المذكور نفسيا ، وبالأدوية والمعايشة لمدة طويلة ، وبالرغم من ذلك لم يتم شفاءه من ذلك ، وأنه من المعروف علميا أن العلاج النفسى لهذه الحالة المرضية عادة لايجدى بعد سن البلوغ ، وأن التدخل الجراحى التحويلى هو الحل الأوحد فى مثل هذه الحالة المرضية النفسية ، وقد أخذت النيابة العامة بهذا التقرير حيث انتهت فى مذكرتها فى هذه القضية الى استبعاد شبهة الجناية بالنسبة للطبيب الذى أجرى الجراحة ، وقيدها وحفظها اداريا ، واعتمد هذا

---

(١) تقرير طب شرعى رقم ٤٧٧ طبى شرعى الجيزة لسنة ١٩٨٨ .

القرار النائب العام .

وهذا يدل على أن القضاء المصرى قد أعترف بعملية تغير الجنس ورتب عليه كافة آثارها ، مثله فى ذلك مثل القضاء الفرنسى . ولم ينتظر تدخل المشرع بالتنظيم لهذه المسألة .

- فهذا التقدم الطبى السريع يحتاج الى تدخل من جانب القضاء ليضفى عليه الشكلية القانونية ، وذلك لأن التقدم الطبى لايحدث فجأة وعلى نطاق واسع بحيث يستدعى تدخلاً من المشرع ، بل إنه يحدث فرادى ثم بعد ذلك يمتد فى الإنتشار مثل عمليات التلقيح الصناعى ، وعمليات نقل الأعضاء البشرية ، وجراحة التجميل وخلافه .

فحدوث مثل هذه العمليات ، يتطلب التدخل من جانب القضاء فى بداية الأمر لعلاجها الى أن تصبح ظاهرة عامة يتدخل المشرع لتنظيمها ، وهذا إن دل على شيئ فانه يدل على قدرة القضاء على التوفيق بين القانون والواقع الإجتماعى .

خاتمة الرسالة

من خلال العرض السابق لموضوع رسالتى نجد أن مشكلة التوفيق بين الواقع والقانون مشكلة مستمرة عبر الزمان والمكان وذلك لوجود أسبابها ، اذ أن تغير الظروف الإجتماعية والسياسية والإقتصادية وغيرها تؤدى الى استحداث أشكال جديدة للتصرفات لا تدخل تحت نطاق أى قاعدة قانونية .

فقد تستجد حالات مستحدثه تماماً لانستطيع تحديدها بنظام سابق مثل الحالات المتعلق بالوضع القانونى لجسم الإنسان أو بوضع الطفل المولود أو الذى سيولد ، فإذا كان القاضى ملتزماً بقول القانون فأن الحداثةكما يقول " M. aties " (١) خارجة عن القانون ، إذ أن المشرع عندما يضع قاعدةقانونية ، يكون فى تصوره حاله معيارية ينطبق عليها نص القانون وقت صدوره ، ولكن الواقع الإجتماعى المتغير يبتعد عن الحالات المعيارية التى تصورها المشرع ، فإذا نص القانون مثلا على حظر إصطحاب المركبات إلى المنتزهات العامة ، وكان ظهور هذا النص فى وقت يشيع فيه إستخدام السيارات فأن لفظ المركبات ينصرف إلى السيارت ، ولكن هل ينصرف إلى الطائرات الشراعية أو الدرجات البخارية ؟ أن هناك حالات كثيرة تبتعد عن الحالات المعيارية التى تصورها المشرع ، فلا هى قابله للإعمال ولا هى قابله للإغفال ، لإن مواقف الواقع لا تنتظرة منمطه تحمل لافتات كتب عليها بوضوح تصنيفها القانونى لا تنتظر من القاضى إلا أن يطالعها ، بل أن هناك حيرة بالغة ومشاكل تنتج من أبتعاد الحالة الواقعية

---

(١) PH . PEDROT " Le rode créateur et les limites de la jurisprudence en matiére de droit des personnls et de la Famille . specialement en matiere de procéation assistée " Rev . droit Prospectife " 1993 - 4 P. 1255 - Presses univrsitaires D, AIX - marseielle .

عن الحالة المعيارية [1] .

ومن أمثلة ذلك حداثة المسائل القانونية التى تثيرها التقنيات الحديثه بالنسبه لتحديد علاقه البنوه فى القانون الفرنسى ، إذا أن هذه التقنيات تؤدى إلى ثلاث نتائج بالنسبة لهذه العلاقه ، فهى تتجه **أولا** : إلى تحقيق تغير فى سلم التصرفات الإنسانية ومفهومها ، حيث أنها تظهر تحدى حقيقى لمفهوم الزمان والمكان ، وهى **ثانيا** : تقلب طرق إثبات القرابة أو النسب بواسطه معرفة أو أدراك أكثر تحديد للنقل أو التحول الوراثى .

وتؤدى أخيراً إلى إدخال شخص من الغير فى العلاقة الزوجية ، وهذا ما يؤدى إلى حدوث خطر فى عدم إستقرار مفهوم القرابة نفسها [2] والحاله هذه ، فإن القاضى أيا كانت درجته يتدخل فى خلق الإطار المعيارى لهده المسائل الحديثه ، وذلك فى غياب تدخل المشرع فى هذه المشاكل التى ترتبط بمفهوم الحياه نفسها ، اذ أنه يكون مطالبا برسم الحد الفاصل بين هذا الذى يكون نافعا وبين هذا الذى يكون ضاراً ، لإنه يجب على القاضى المرتبط بمنازعه معينه وليس لها حل داخل المعايير القانونيه أن يقول ويضع القانون ، ولاسيما إذا كانت السلطة التشريعية جامدة أو ملتزمه الصمت عن عمد تجاه هذه المسائل الحديثه .

ففى مواجهة هذه المشاكل التى ترتبط بالتغير أو التحول الوراثى ، أو مفهوم البنوه ، فان القاضى يلقى على عاتقه عبء الفصل فى عدد من المنازعات ، وذلك بالرجوع إلى قواعد قانونية ، وبالرجوع إلى مبادئ

---

(١) أنظر د./ محمد نر فرحات « الفكر القانونى والواقع الإجتماعى » - مكتب دار الثقافة للطبع والنشر سنة ١٩٨١ ص ١٣٦ ومابعدها .

(٢) Ph . REDROT . Op. cit . P. 12056 .

أخلاقية وذلك بالاستدعاء لمبادئ اساسيه أو جوهرية مثل كرامة أو شرف الإنسان "Dignité de la personne" " أو حظر التصرف فى الجسم البشرى " L'indisponubilité du corpshumain " . وهذا الدور يبدوا صعباً بالنسبة للقاضي ، ولاسيما إذا كان هباك تعددية أخلاقية مثل المجتمع الفرنسي مع وجود من ينادى بالأولوية للحرية الإبسانية ، إذا أنه فى هذه الحاله ينقاد إلى توسيع دوره باستخدام وظيفه وسيطة بين المصالح المختلفة من أجل تنظيم الحقيقة فى مواجهة أو إختلال الوقائع واضطرابها .

وايضاً موضوع التلقيح الصناعي ، قد أوجدته التقنيات البيولوجيه الحديثة ، واصبح يمارس فى معظم المجتمعات الحديثه ، وهذا ما أدى بالقضاء الفرنسي إلى اعادة النظر فى مفهوم القرابة أو النسب وتقرير أبوه الطفل إذا كان الزوج قد وافق على عملية التلقيح الصناعى لزوجته ، ذلك على إعتبار أن هذا التلقيح يخلق قرابه عمدية أو قصدية،[1] متجاوزا بذلك دوره التقليدى لتفسير القانون ، وواضعاً فى إعتباره تطور الأخلاق وتطور التقنيات المتعلقه بالانجاب بالمساعده ، واضعاً صفه القرابة تحت اشكال وصيغ جديده مقبوله ليس بالاعتماد على العلاقات البيولوجيه ولكن بالإعتماد على جوانب أخرى مثل الحاله النفسيه والإجتماعيه للزوجين، ومن ذلك خلق القضاء الفرنسي قرابة الإنابه أو الإستعاضه باعتبارها نتاجا لموافقه الزوجين على الحمل بهذه الطريقة . فهنا لجأ القضاء إلى فكرة أن وضع الطفل لا يجب أن يكون موضوعا للمساومه من جانب الزوجين ، وأن الإنسان الذى يعطى موافقته على التلقيح الصناعى يعترف بالطفل يكون متعهداً بالإلتزام الذى يقضى بأعتباره بمثابه الأب ، ومن ثم متكفلا بنفقة

---

(١) - Ph . PEDROT . Op. cit . P. 1259 .

هذا الطفل متجاوزاً بذلك القانون ، واضعاً تعريفاًجديداً لمفهوم القرابه [١] .

فالدراسه القاعديه للقانون إعتمادا على المنطق الشكلى تحتل موقع الصداره حينما يكون المجتمع فى حاله من الثبات والهدوء النسبين فى العلاقات الإجتماعيه ، أما حيث تتسم هذه العلاقات بطابع التغيير و إعاده تشكل المستمر تصبح إعاده النظر فى البناء القانونى كله أمراً ملحاً [٢] . فقد إعتبرت الثوره الفرنسيه قوانين نابليون بمثابه تقنين للحقوق الطبيعيه ، وهى لذلك تعبر عن الإراده العامه ، وأمن الجميع بكمال تلك القوانين ، وعلى هذه الصوره زال الفارق بين القانون الطبيعى " Le droit " والقانون الوضعى " La loi " وأصبح شعار "la loi est le droit " مقدسا لدى مدرسه الشرح على المتون ، والتى هيمنت على الفقه الفرنسى أغلب حقبات القرن التاسع عشر واحاط الفقهاء الفرنسيين القانون المدنى الجديد بهاله من التقديس ، وترسيخ الإعتقاد بأنه يجب أن لايجترئ القضاء على النيل من هذا القانون الكامل ، وعلى ذلك أنشأت محكمه النقض الفرنسيه لتكون ذات وظيفه سلبيه محضه وهى حمايه التقنين من هفوات القضاه أثناء قيامهم بالتفسير ، ولهذا إنحصر علم القانون فى ذلك الوقت إذاً فى مهمه التعليق على التقنين باستخدام المنهج المنطقى الشكلى .

---

(١) - Cass civil 10 Juill 1990 . D . 1990 P. 517

حيث قررت أن الخليل الذى يوافق على التلقيح الصناعى لزوجته يمكنه أن يفسخ أو يبطل هذا الإعتراف عن طريق دعوى الإنكار حتي ولو كانت ضد مصلحة الطفل مع دفع تعويض له لأنه عندما تعاقد على ذلك فانه قد الزم نفسه أن يسلك سلوك الأب بالنسبة للطفل .

(٢) انظر د./ محمد نور فرحات - المرجع السابق ص ٧ .

وقد عبر الفقيه الفرنسي بونيكاز " Bonnecase "[1] عن هذا الحال مقرراً : لقد جاز القانون المدني لدى الفقهاء الفرنسيين إعجاباً خاصا لاحدود له، وإستنفذ تفسيره كل جهد واعتمد هذا التفسير على الإحترام الكامل لمبادئ هذا القانون ، حيث سعى الفقهاء إلى تفسيرها دون أن يتجاسروا على نقد ها .

وهذا الفكر قد إنتاب الفقة الفرنسي نتيجه لتمتع المجتمع الفرنسي فى ذلك الوقت بشئ من الإستقرار والهدوء النسبيين فى العلاقات الإجتماعيه مما جعل هذا التقنين يتناسب وتلك الفتره . أما حينما تطورت العلاقات الإجتماعيه ، وتغيرت الظروف الإقتصاديه ، وتشابكت المشاكل وإتسع مداها بدأ يفقد هذا التقنين مصداقيته لدى الفقه الفرنسي ، وبدأ يتدخل القضاء لحل مايثار من مشاكل لايتناولها التقنين ، وذلك بالرجوع إلى القواعد القانونيه القائمه أواعتماداً على مجهوده العقلى متسما بصفه العداله . إذ أن وجود آفاق مفتوحه للكلمات كما يقول " Hart "[2] يعنى بالضروره أن هناك حالات معينه يجب أن يترك حسمها للقضاء فى ضوء الظروف وإسترشاداً بالموازنه بين المصالح التى يختلف وزنها تبعا لكل حاله على حده وفى هذه الحاله تمارس المحكمه وظيفه خلق القاعده القانونيه . فأمام تشابك وتعدد المشاكل القانونيه التى تثيرها التقنيات الحديثه سواء كانت سياسيه أو إقتصاديه أو إجتماعيه أ وتكنولوجيه لا يقف القضاء مكتوف اليدين ، بل يتدخل ويضع الحل الأمثل لهذه المشاكل ، ومن ذلك

---

(1) J.BONNECQSE " La pensée Juridique française de 1804 à l'heur presante " T.I . , Bordeux 1933 . P.355 .

(٢) انظر د./ محمد نور فرحات - المرجع السابق ص ١٣٩ .

تدخله فى العلاقات التعاقديه وإعتباره طرفاً فى المنازعات التى تعرض عليه ويناقش كلا الطرفين لكى يصل إلى قصدهما المشترك ، ولم يعد دوره مثلما كان فى الماضى مجرد محكم لا يتدخل فى العلاقه بين أطراف المنازعـه . وايضاً إتسع دروه فى تحديد مفهوم الخطأ فيما يتعلق بمفهوم المسؤليه المدنيه ، ومن له الحق فى التعويض من الورثه ، وأيضاً تحديد الضرر والتعويض الذى ينشأعنه وذلك بعيداً عن نص القانون . ويقوم القضاء الفرنسى بهذا الدور موفقا بين القانون والواقع الإجتماعي فى الوقت المعاصر ، إذ جرى العمل فى فرنسا على أن تقدم محكمه النقض مقترحاتها السنويه حول مشاكل التطبيق وماتراه وذلك فى ضوء تقرير سنوى ، ومن الامثله على ذلك مالاحظتة محكمه النقض الفرنسيه من ضروره تشريع يمكن قاضى الإستعجال من الأمر بوقف نشر جريده تتضمن مقالا يمس الحياه الخاصه ، وسرعان ما استجاب المشرع الفرنسى لذلك عند إصداره للماده التاسعه من القانون المدنى الفرنسى والتى تقضى بحق كل إنسان فى إحترام حياته الخاصه (1) " chacun à droit au respect de sa vie privée " وأيضا ما قررته محكمه النقض الفرنسيه بصدد الشخصيه المعنويه للمؤسسات والجمعيات حيث قررت بحكمها محكمه الصادر فى ٢٣ يناير سنه ١٩٩٠ أن الشخصيه المدنيه لايمكن أن تنشأ بالقانون ولكنها تكون حقا لكل مجموعه بشرط أن تمتلك هذه المجموعه إمكانيه التعبير الجماعى (2) ومن ذلك مافعله هذا القضاء بصدد شرط البطلان الذى يرد

(1) - Cass civil 20 nov . 199 Bull civil 1990 No 256 P. 181 .
- article 9 cod . civil - 1992 - 1993 - Dalloz P. 26

(2) - Cass civil 23 janv . 1990 - Bull onv . V. No 20 , J.C.P. 1990 II . 21529 .

فى العقد ، إذأن الدائره الإجتماعيه لمحكمه النقض الفرنسيه قد و فقت بين الماده ١١٨٤ مدنى فرنسى والماده "L. 122 _ 3 .8 c.trav" وذلك من خلال حكمها الصادر فى ٢٠ مارس سنه ١٩٩٠ [١] . مقررة عدم إستطاعه طرفى العلاقه التعاقديه فسخها إلافى حاله القوه القاهره أو الخطأ الجسيم حتى ولو كان هناك شرط فاسخ تم وضعه من قبل طرفى العلاقه التعاقديه فى عقود العمل محدده المده ومن ذلك أيضاً موقف القضاء الفرنسى من مسأله تدرج الأخطاء فى قانون العمل ، إذ أنه بالرجوع إلى القانون الصادر فى ١٣ يوليو سنه ١٩٧٣ نجد أن الفصل من الوظيفة لا يمكن توقيعه لمجرد الخطأ ،بل يجب أ يكون الخطأ حقيقى وجاد .

فهذا القانون يستوجب وجود صفه الجدية كأثر ضرورى لتوضيح المستوى الذى إبتداءاً منه يمكن وصف الخطأ بأنه خطأ جسيم أو خطأ فاحش وأ ن محكمه النقض تستخدم رقابتها فى هذا الموضوع بالصهر على مراعاة التدرج بين الخطأ البسيط الذى يبررتوقيع عقوبه تأديبيه ، وبين الخطأ الجدى الذى يبرر الفصل والخطأ الجسيم الذى يؤدى إلى الفصل مع الحرمان من التعويض عن الفصل ، والخطأ الفاحش الذى يؤدى إلى الفصل مع الحرمان من التعويض حتى عن فتره الاجازه الإعتيادية التى لم يحصل عليها العامل ، إذ أن العامل يتجه قصده إلى الإضرار بمصلحه العمل [٢] من كل هذا نجد أن القضاء الفرنسى قد إبتعد بنفسه عن الوضعيه القانونيه ، وبدأ ينزل إلى أرض الواقع ويحكم بما يراه موافقا للعداله ، مستخدماً سلطته فى التفسير ، ومستعينا بكافه المصادر التى تساعده فى تحقيق العداله مثل الرجوع إلى

---

(١) Cass civil 20 mars 1990 . Bull civil 1990 N° 121 .

(٢) A . B ENABENT " le rapport renové de la cour de cassation " D . sirey - année . 1991 P . 176

القانون الطبيعى وقواعد العداله والقانون الأجنبى إذا كان هناك محلا للرجوع إليه ، ومستعينا أيضا بالوسائل القانونيه مثل المبادئ القانونيه والمفاهيم القانونيه ، والنظريات ، والمجموعات ، وأيضا الحيله والقرائن ، والوسائل المنطقيه مثل الإستدلال بالتمثيل « المشابهة » والإستدلال بالمخالفه أما فى مصر فقد دأبت محكمه النقض على تقليد لايخلو من النقد فى هذا المجال ، فالمحكمه تضع مقتراحاتها حول التشريعات فى نفس أسباب حكمها ،إذا أنها بعد أن تسبب حكمها تنهى الأسباب بأن تهيب بالمشرع بأن يعدله ويفعل كذا - فقد ذهبت محكمه النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١١ فبراير سنه ١٩٧٦ [١] إلى تطبيق أحكام المذهب الحنفى فى مجال طلب التطليق بسبب اللعنه إلا أنها أضافت « إلا إنه لايفوتها الإشاره إلى أن الإمهال لا موجب له فى خصوص اللعنه طبقا لمذهب الإمام مالك الأمر الذى يحفز المحكمه إلى الإهابه بالمشرع للمبادره إلى إصدار تشريع ينص فيه على الأحكام الموضوعيه لكل مسأله على حدتها غير متقيد بمذهب معين من مذاهب الشريعه الإسلاميه بما فيه تحقيق العداله وفقا لمقتضيات المنطق ومن الأمثله الصارخه على ذلك أيضا حكمها الصادر بتاريخ ١٧ يناير سنه ١٩٧٩ [٢] فى مشكله آثر تغير العقيده على القانون واجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصيه لغير المسلمين ، فقد قررت فى نهايه الاسباب « وحيث أنه يتعين الإشاره إلى أنه إن حرص القضاء المصرى بمختلف مراتبه ، إعلاءاً لحقوق الإنسان وتقديسا لحريه الفكر والضمير والتدين على الإعتداد بتغيير الديانه أو المله أو الطائفه دون بحث فى

---

(١) طعن بتاريخ ١١ فبراير سنة ١٩٧٦ - مجموعة النقض المدنية سنة ١٩٧٦ ص ٤٣٢ .

(٢) نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٧٩ فى الطعن رقم ٢٦/١٦ ق لسنة ١٩٤٨ أحوال شخصية ،

اسبابه ودوافعه وبواعثه ، إلا أنه لا مفر من التسليم بأن التطبيق العملى للقانون رقم ٤٦٢ لسنه ١٩٥٥ قرابه ربع قرن أسفر عن أن هذا التغيير يتم غالبا بنيه الغش والتحايل وأن ما يسمى من تمكين أى من الزوجين غير المسلمين بمجرد تغيير المذهب أو الديانه من تعديل الإختصاص التشريعى والنيل من حقوق الطرف الآخر قد إستغل استغلالاً غير قويم وهو مايحفز هذه المحكمه إلى أن تهيب بالمشرع سداً لكل ذريعه وحيلوله للتحاليل أن ينص على بقاء الزوجيه وما ينشأعنها من آثار خاضعه للشريعه التى عقد الزواج وفقا لأحكامها ، ولو غير أحد الزوجين مذهبه أو ديانته أثناء قيام الزوجيه مالم يكن التغيير إلى الإسلام بأعتباره الشريعه العامه التى تقضى الماده الثانيه من الدستور القائم بأنها مصدر رئيسى للتشريع على أن تسن القوانين اللازمه منعا للتلاعب بالأديان .

فالقضاء المصرى على العكس من القضاء الفرنسى يتمسك بالوضعيه القانونيه ، ويطبق النصوص مستخدما فى ذلك المنطق الشكلى بأعتبارالنص المقدمه المنطقيه الكبرى ، والواقعه المقدمه المنطقيه الصغرى ، والحكم هو النتاج لهذا القياس بدون نظر إلى ما إذا كان تطبيق النص بهذه الوسيله سيؤدى إلى تحقيق العداله أم لا ، فهو يتمسك بمراعاه الشكليه واحترام إراده المشرع حتى ولو كانت على حساب مصالح المجتمع

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولا : المؤلفات العربية :

١ - المؤلفات الإسلامية

- المجموع شرح المهذب - محيى الدين يحى بن شرف (النووى) - مطبعة المنيرة - الجزء التاسع .
- القواعد النورانية الفقهية - أحمد بن عبد الرحيم (إبن تيمية) - مطبعه السنه المحمدية .
- المبسوط - لإبن بكر محمد بن سهل السرخس المعروف بشمس الأئمة - مطبعة السعادة القاهرة سنه ١٣٣١ هـ .
- الموافقات فى أصول الأحكام - للإمام أبى إسحاق إبراهيم بن موسى المشهور بالشاطبى دار الفكر - القاهره سنه ١٣٤١ هـ .
- الأشباه والنظائر : جلال الدين عبد الرحمن إبن أبى بكر السيوطى - مطبعه الحلبى القاهره - سنه ١٩٦٤ هـ .
- مجموعة رسائل أبن عابدين - الرساله الثانيه - تبنية الرقود على مسائل النقود - لإبن عابدين (محمد أفندى أمين)، طبعه سنه ١٣٢٥ هـ .

ـ المؤلفات الحديثه فى الفقه الإسلامى :

- أحمد فراج حسين - حجيه المصلحة المرسله من إستنباط الأحكام الشرعيه - طبعه سنه ١٩٨١
- الشيخ عبد الرحمن تاج - السياسة الشرعية والفقه الإسلامى - مطبعة الأميرية - بدون تاريخ .

- الشيخ عبد الوهاب خلاف - مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه » مطبعه القاهره - بدون - علم أصول الفقه - طبعه سنه ١٩٥٢
- الشيخ محمد أبو سنه - رساله العرف والعاده فى رأى الفقهاء - مطبعه الأزهر - بدون
- الإمام محمد أبو زهره - « إبن حنبل » - دار الفكر العربى- بدون - أصول الفقه - القاهره سنه ١٩٥٧
- د / محمد سلام مدكور - الجنين والأحكام المتعلقه به فى الفقه الإسلامى - الطبعه الأولى سنه ١٩٦٩ .
- الشيخ مصطفى شلبى - تعليل الأحكام - مطبعه الأزهر - بدون تاريخ .
د / مصطفى زيد - المصلحة فى التشريع الإسلامى ونجم الدين الطوفى - طبعه سنه ١٩٦٤ .
- د / مصطفى الزرقا - المدخل الفقهى العام - مطبعه جامعه دمشق - الجزء الأول - بدون
- د /يوسف القرضاوى - الحلال والحرام فى الإسلام - طبعه سنه ١٩٨٠.

٢ - المؤلفات القانونيه العامه

- د /السيد صالح عوض « أثر العرف فى التشريع الإسلامى » - دار الكتاب الجامعى - بدون
- د / أبو زيد رضوان « تطور طبعه ومسؤليه الناقل الدولى للإشخاص ونظم التأمين عليها » - طبعه سنه ١٩٧٣ - دار الفكر العربى

- د / بدران أبو العينين - « حقوق الأبناء فى الشريعة والقانون »
- د / توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونيه » مكتبه دار بيروت سنه ١٩٧٥ - النظريه العامه للألتزام - مصادر الالتزام - مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية سنه ١٩٧٦ .
- د / ثروت أنيس الأسيوطى - مبادئ القانون - دار النهضة العربية سنه ١٩٧٤ - نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها - مطبعة جامعه عين شمس سنه ١٩٦٧
- د / حافظ إبراهيم - أساس العداله فى القانون الرومانى طبعة سنه ١٩٥١
- د / حسن كيره - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف بالإسكندريه سنه ١٩٧١ - الحقوق العينية الأصلية - الملكية - طبعة ١٩٦٥.
- د / جميل الشرقاوى « مبادئ القانون » - دار النهضه العربيه - سنه ١٩٧٢
- د / دولا بورت - بلاد ما بين النهرين - ترجمه مارون خورى - بيروت سنه١٩٧١
- د / ذكى نجيب محمود - النطق الوضعى - مكتبه الأنجلو المصرية - القاهرة سنه ١٩٥١
- د / سليمان مرقص - المدخل للعلوم القانونية - القاهرة - ١٩٥٧
- د / سليمان هاشم - محاضرات فى وسائل تطور الشرائع - دار الحقوق للنشر سنه ١٩٩٢ .

- د / سمير عبد السيد تناغو - النظريه العامه للقانون - دار المعارف بالإسكندريه سنه ١٩٨٦

- د / شفيق شحاته - نظريه الإلتزامات فى القانون الرومانى » - القاهرة سنه ١٩٦٣

- د / صبرى السعدنى - تفسير النصوص فى القانون الوضعى والشريعة الإسلامي - دارس مقارنه سنه ١٩٧٩ .

- د / صوفى أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - دار النهضه العربيه - سنه ١٩٧ - أبحاث فى سلطان الإرادة فى القانون الرومانى - دار النهضة العربية سنه ١٩٦٤ .

- ضياء شيت خطاب - فن القضاء - مؤسسة الخليج للطباعة والنشر سنه ١٩٨٤ .

- د / عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الأول - دار النهضة العربية سنه ١٩٨٢ / نظرية العقد - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى سنه ١٩٣٤ .

- د / عبد المجيد الحفناوى - تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية - بدون تاريخ .

- د / عبدالرحيم فوده - تفسير العقد فى القانون المدنى المصرى والمقارن - منشأة المعارف - إسكندرية ، سنة ١٩٨٤ .

- د / عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص - دار النهضة العربي - الطبع الثامنة .

- د / عبد الفتاح عبد الباقى - المدخل للعلوم القانونية - منشأة المعارف بالإسكندريه سنه ١٩٥٤ .
- د / عبد الودود يحيى - دروس فى مدخل العلوم القانونيه - دار النهضة العربية - سنه ١٩٨٢ .
- د / عبد الحى حجازى - المدخل لدراسه العلوم القانونيه - الكويت سنه ١٩٧٢ .
- د / على نجيده - المدخل لدراسة القانون - دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٥ / التلقيح الصناعى وتغيير الجنس - دار النهضة العربية - سنه ١٩٩٠.
- د / عبد الباسط جميعى - نظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى - مكتبه سيد عبد الله وهبه سنه ١٩٥٣ .
- د / عمر القاضى « إحياء الإجتهاد فى الثقافه الإسلاميه - دار النهضة العربية سنه ١٩٩٣ .
-د/فتحي المرصفاوي - النظريه العامه فى عقد العمل -طبعه سنه ١٩٧٣ .
- د / محمد المرسى زهره - الإنجاب الصناعى - أحكامه القانونيه وحدوده الشرعيه - دراسه مقارنه - دار النهضه العربيه سنه ١٩٩٠ .
- د / مصطفى الجمال ، حمدى عبد الرحمن - دروس فى التأمينات الإجتماعية - سنه ١٩٧٣ .
- د / محمد نور فرحات - الفكر القانونى والواقع الإجتماعى - دار الثقافة للطباعة والنشر .

: / محمد كامل ليله - النظم السياسيه - دار الفكر العربى سنة ١٩٧١ .
: / محمد سلطان - أحمد سعد عبد الخالق - تاريخ الشرائع - الناشر مكتبه الجماعات - القاهره سنه ١٩٦٩ .
د / محمد فؤاد مهنا - القانون الإدارى العربى - المجلد الأول - طبعة سنه ١٩٦٧ .
صور مصطفى منصور - المدخل للعلـــوم القانـــونيـــة - مكتبه سيد عبد الله وهبه، سنة ١٩٧٠ .
: / محمد عبد الهادى الشقنقيرى / مذكرات فى فلسفه القانون الطبيعى لأرســطو - سنـــه ١٩٩٤ - دبلـــوم القانـــون الخاص - جامعه عين شمس .
: / محمد حامد مهنى - النقض فى المواد المدنية و التجارية - طبعة سنه ١٩٣٧ .
محمد عرفه - القانون المدنى وفقا لآخر التعديلات - الطبعة الأولى - بدون تاريخ .
: / محمد حسام الأهوانى - المدخل لدراسة القانون - دار النهضة العربية - طبعة سنه ١٩٨٠ .
: / محمود جمال الدين زكي - عقد العمل فى القانون المصرى - مطبعه لجنه التأليف بمصر سنه ١٩٨٢ -
دروس فى مقدمه الدراسات القانونية - دار النهضه العربيه - بدون التأمينات العينيه - دار النهضة العربية سنه ١٩٧٩ .

- د / نعمان جمعه - دروس في المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية - سنه ١٩٧٧ .
- د / نيفولاعطيه « النظم والمذاهب وتطورها في العالم القديم والحديث - دار الكتاب العربي - بدون تاريخ .
- د / نبيل عمر - سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية - منشأة المعارف بالإسكندريه سنه ١٩٨٤ .
- د / هشام صادق ، وعكاشه عبد العال - تاريخ النظم القانونية والإجتماعية - مطبعة الدار الجامعية - إسكندرية سنة ١٩٨٦ .

٣ - المقـــــالات

- م / أشرف مصطفى كمال - ظاهرة الزواج العربي - أخبار الحوادث الصادرة بتاريخ ٨ يونيه سنه ١٩٩٥ .
- د / ثروت أنيس الأسيوطي - عدالة السماء - مجله القانون والإقتصاد - جامعة القاهرة - العدد الأول .
-د /حمــدي عبد الرحمــن «نحو نطرة جديدة الي مدخل الدراسة القانونية المقارنة» - مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية - حقوق عين شمس .
- الشيخ عبد الجليل عيسى «مالايجوز الخلاف فيه بين المسلمين » - مجلة منبر الإسلام - نوفمبر سنه ١٩٦٤ .

- د / محمد حسام الأهوانى - القضاء كمصدر واقعى للقاعده القانونيه فى مصر » - مؤتمر حول بعض الجوانب القانونيه المعاصرة فى مصر - المطبعه العربيه الحديثه سنه ١٩٨١ .
- د / محسن عبد الجواد - الطبيب المسلم بين أحكام القانون الوضعي والشريعه الإسلاميه - نشره الطب الإسلامي ، العدد الرابع - الجزء الخامس .
- د / محمد عبد الجواد - شرط الإرهاق فى تطبيق نظريه الظروف الطارئه - مجلة القانون والإقتصاد حقوق القاهرة سنه ١٩٦٣ .
- د / محمود السقا -شيشرون - مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - حقوق عين شمس - سنه ١٩٧٦ .
- د / هشام جميل عبد الله - زراعة الأجنة فى ضوء الشريعة الإسلامية - مجلة الرسالة الإسلامية - القسم الثانى سنه ١٩٨٩ .

٤ - رسائل الدكتوراه :

- د / توفيق فرج - نظريه الإستغلال فى القانون المدنى المصرى - كليه الحقوق - جامعه الإسكندريه سنه ١٩٥٧ .

- د / حسبو الغزازى - أثر الظروف الطارئة على الإلتزام التعاقدى » . كلية الحقوق - جامعه القاهره سنة ١٩٧٦ .
- د / عبد الرحمن متولى سعودى - سلطه القاضى التقديريه فى تعديل مضمون العقد - دراسه مقارنة جامعة القاهرة - بدون تاريخ .
- د / عبد المنعم فرج الصده - عقود الإزعان - كليه الحقوق - جامعة القاهرة ، سنه ١٩٤٦ .
- د / محمود على الخطيب - سلطه القاضى فى تعديل العقد فى القانون اليمنى والمصرى والفقه الإسلامى كليه الحقوق - جامعة عين شمس سنه ١٩٩٢ .
- د / وهبه الزجيلى - نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع الفقه الوضعى - دمشق سنه ١٩٤٦ .
- د / محمود عبد الرحيم الديب - الحيل فى القانون المدنى - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى - القاهره سنه ١٩٩٢ .

٥ - المجلات ومجموعات الأحكام

- مجله العلوم القانونية والإقتصادية : شهرية يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعه عين شمس . مصر .
- مجله القانون والإقتصاد : شهرية يصدرها أساتذة كليه الحقوق جامعة القاهرة . مصر .

- مجله المحاماه : شهرية تصدزها نقابة المحامين .
- مجله التشريع والقضاء : منشور بها أحكام محاكم الإستئناف المختلطة من سنه ١٨٨٩ إلى سنه ١٩٤٨ .
- مجله الأحكام : شركه الخدمات التعليمية بمصر .
- مجموعه القواعد القانونيه التى أقرتها محكمة النقض فى المواد المدنية - محمد أحمد عمر (مجموعة عمر) .
- مجموعه المكتب الفنى لمحكمه النقض .
- مجموعه المحكمة الإداريه العليا فى عشر سنوات
- مجموعه محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاما
- الموسوعة الذهبية - عبد المنعم حسن الفكهانى .

ثانيا :- قائمة المراجع بالفرنسية

les ouvrages généraux

-**Bertrand (E)** " L ésprit nouveau des lois civiles " . paris . 1984 .

-**Blandeau** "De quelles sources doivent decouler aujoured , hui les decesion juridique " paris . 1851 .

-**Carbonnier (J)** : "flexible droit " 4éme éd (L.G.D.J).1979

"sociologie juridique " (L.G D J).1978

-**chevallier (J)** . : interprétes du droit , in la doctrine juridique "centre d, histoir du droit et de recherche intro normatives de picardie - pressess - universtaire de france . 1993 .

-**Capitant (H)** " les travaux prépartoires et l, interpretation des lois "libraire du reciuel sirey -1935 .

-**CHABAS (F)** " théorie général , obligations . 7éme . éd . (L .G . D . J .) . 1985 .

-**Duguit (L)** . " traite de droit constitutionnell , paris 1901 .

-**Domat (J)** les lois civiles dans leur ordre naturel " . livre preliminaire - section .2 "De l,usage et de l, interprétation des régles

-**David (R) et pugsley (D .p)** . " les contrats en droit anglais " 2éme . éd (L .G .D .J .) .

-**D' ambra (D)** " l, objet de la fonction juridictionnelle dire le droit et trancher les litiges " . (L .G .D .J) .1994 .

-**Edelman (B) et hermitte (A)** : " L, homme , la nature et le droit " paris . 1988 .

-**Eisenmann (C . H)** " théorie pur du droit " 2éme éd. Dalloz . 1962

-**ELGAMMAL (m)** "L' adaptation du contrat aux

circonstances économiques (L .G .D J) 1967

-**Geny (F)** " méthodes d, interprétation et sources en droit privé positif " Essai critque .(L .G . D . J) .1919

-**GHESTIN (J)** "conformite et garanties dans la vente " (L .G .D . J).1983

-**CDE (p)** " volonté manifestations tacites " . (P .U .F) .1977

-**Husson (L)** " les traites diménsions de la notre judiciaire" Bruxelles , 1978

-**Louis Bergel (J)** " méthodes des droit , théorie général du droit " Dalloz , 1989

-**Lyon cean (G)**: les transformations du droit du travail " Dalloz , 1989

-**Miroglio** " la psychologie des peubles " . (P . U .F) 1956

-**Motulski (H)**"principes d,une réalisation méthodique du droit privé " paris . 1948 .

-**Ost (F) :** " Fonction de juger et pouvoir judicaire , in transformotion et deplacement " : publication des Faculté universtaires saint louis . bruxelles . 1983

-**Parain - viol (J)**" philosophie des sciences de la nature " .paris . 1983

-**perelman (M)** : logique juridique " paris 1979

-**Pousson (A)** introduction au driot l' interpris " Dunod . Paris - 1994

-**Roulier (P)** : théorie général du droit " - 1951

-**Ripert (G)** " les forces créatrices du droit " . (L . G . D . J) . 1955

-**Roger (M)** : " la loi du 6 décembre 1976 rélative à la prevention des accidents de travail et son incidence sur le droit penale "Dallez . 1978

-**Royer (J . P)** " la sociéte judicaire depuis le 18 éme siécle " paris 1979 .
Raynavd et M M Matry " le traite de droit civil " . (L . D . J) . 1973
-**Rials (S):** "le juge admimistrative français et la technique du standard " (L .G . D . J) - 1980
-**Searle (J R)** " les actes de langage : Essai de phil osophie du langage : trad . De . H . panchard . paris 1942
-**Terre (F)** " l'enfant de l,ésclave , genetique et droit " . paris 1989
-**Rerre (F 0 et L EGMeTTE (Y) :** " droit civil. les successions " Dalloz . 1983

-**Villy (M)** " philosophie de droït " 2éme .éd . Dalloz . 1979
-**Vedel (G)** : droit administrative " . paris . 1973
- **Vonglis (B) :** " la lettre et l,ésprit de la loi dans la paris . 1968 .

2 -LES ARTICLES

-**Battifol (H)**"la crise du contrat et sa portée " A . P .D . 1964
-l,interprétation dans le droit " (A . P . D . 1972
-**Boulanger (J)** " notion sur le role créateur de la ju risprudence civil "(R . T . D .C) . 1961
- " principes généraux du droit positif " - Melange . Ripert 1950
-. **Oppetit (B) :** " le role du juge en presence des problemes économiques en droit civil Français " - A . soc . H . capitant . 197
-**Collard (A)** " la machine et le droit privé contemprain " . Melange . ripert 1950
-**Dipeyroux (O)** : " la doctrine Français et le prob-

leme de la jurisprudence en tant que source de droit " Melange Gabriel Murty . 1987

-**ESMEIN (A)** "la jurisprudence et la loi " (R . T . D . C) . 1952 .

-**Kalinowski (G):** " l, interprétation du droit , ses régles juridique et logique "A . P .D . 1985

-**LEGEAIS (R)** "l,utilisation de droit comparée par les tripunaux " Rev - int . dr . com . 1994

-**Levy .Bruhl (H)** " aspects sociologiques du droit " A . P . D . 1955 .

-" **Droit et Sociologie** : " A . P . D . 1937

-**Lossouarn (V. Y)** " Le role de la methode comprative en droit privé " Rer .crit . dr . int . 1979

-**Labbee (A)** " l,insemintion pratiquée apres la mort de donner Gaz pal . 1984

-**Malourie (P H)**" la jurisprudence combattue par la loi " Melange savatier .

-**Maury (J)** "observations sur la jurispetudance en tant que source de droit " Melange . Ripert 1950

-**Mozen (J) :** " L ' insemination artificialle , une réalite ignorée par le législateur " . sem . jur . 1978

-**OST . (F) et van de kerchove (U) :** " le juge et interprétation " A . P . D 1982

-**Playaust (O)** " normativité et legitimité du droit " . Rev . de droit prospectif . presses uni verstairs . D .Aix marseille . 1993

-**Petev (V) :** " structures rationnelles et implica tions sociologique de la jurisprudence " . A . P . D . 1985 .

-**Perelman (C)** " la régle de droit et la justice "

Melange robert legros Bruxelle . 1985
-**Renaud(J)**" principes généraux du droit et équité " Melange W. J .Ganshof .1972 .
-**R aynud (P)**" les dettes de valeur en droit Fraçais" Melange 13 érth de la Gressaye - Bor deaux . 1967
-**R aymond (G)**" la procréation artificielle en droit français J . C .P .1983 .
-**S toyanoutch (K)** " sens du mot droit et idéalogi " . A . P . D . T . 19
-**S avatier ,** " le juge dans la cité Français ", Dalloz . 1964 .
-**Troper (M)** " Hans Kelsen et la Jurisprudence " A . P . D . 1985
-**Terre (F) :** " la crise de la loi " .A . P . D . 1980 .
-**Valentin (P) :** "Jurisprudnce et philosophie du droit " Rev . de droit prospectif - 1993 .
-**W aline (M)** " le pouvoir normatifs de la juri sprndence" Melange scelle - 1950

3 - Les thésé

-**Blaid (S)** " Essai sur le pouvoir créateur et norma tif du Juge. Paris 1970 .
-**D ominique (P)** : " la jurisprudence source du droit " grenoble . 1980 .
-**N owitch (S)** " de l,intervéntion du juge dans con trat " Aix.
-**Poclat (Y)** " l,interprétation juridique " . Paris . 1988
.-**Saluden (M)** " le phenomene de la jurisprudence " étude sociologique paris2-1983.
-**Supiot (A) :**" le juge et le droit du travail " . Bor deaux .1979.

4 - Les Recueils générales

-Archiv de philosophie du droit (A .p .D .)
-Bulletin des arrets de la cour de cassation (Bull. civil -criminelle-)
-Gazette du palais (Gaz.pal)
-Jurisclassaur Periodique (Semaine juridique J.C.P
-Recueil Dalloz, analytique , critique, hebdomadaire , periodique et critique . (D ,DA, DC, DH, D.p)
-Recueil sirey
-Revue de droit prospectif presses universtaires D.Aix marseille
-Revue internationale de droit comparee.

فهـــــرس

تابع الفهـــرس

الموضـــــــوع	الصفحـــة

مطابع جامعة المنوفية